

موسوعة

أصول المرافعات ومذكرات الدفاع فى الدعاوى والطعون

أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية

المستشار

أنور العمروسى

المحامى بالنقض والإدارية العليا

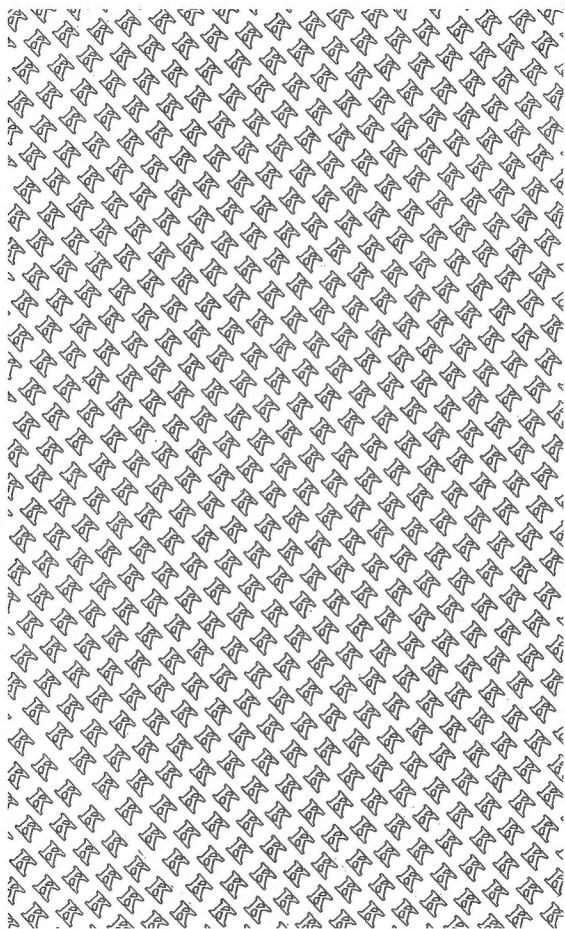
الجزء الثالث

الناشر

دار الفكر الجامعى

٣٠ ش سوتير الأزاريطة - الاسكندرية

ت ٤٨٤٣١٣٢





إسم الكتاب : أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية
المؤلف : المستشار / أنور العمروسي
الناشر : دار الفكر الجامعي
٢٠ شارع سوتير - الاسكندرية - ت : ٤٨٤٢١٣٢ (٠٢)
حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة، ولا يجوز إعادة طبع أو استخدام كل أو جزء
من هذا الكتاب إلا وفقاً لأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.
الطبعة : الثالثة
سنة الطبع : ٢٠٠١
رقم الإيداع : ٧٤٥٥ / ٢٠٠١
الترقيم الدولي : 6 - 76 - 5160 - 977
الطبعة : شركة الجلال للطباعة

E.Mail : dar-elfikrelgamie@yahoo.com

موسوعة

أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون

أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية

المستشار

أنور العمروسي

المحامي بالنقض والإدارية العليا

الجزء الثالث

الناشر

دار الفكر الجامعي

٣٠ ش سوتير الأزاريطه - الاسكندرية

ت ٢٨٤٣١٣٢

أصول المرافعات الشرعية

فى مسائل الأحوال الشخصية

القواعد الموضوعية والإجرائية

- ١- القضاء الإسلامى .
- ٢- الدعوى الشرعية وذاتيتها .
- ٣- إثبات المواد الشرعية .
- ٤- تنفيذ الأحكام الشرعية .
- ٥- دراسة علمية وعملية مقارنة وفقاً لمختلف المذاهب ، وتنظيمات الأقطار العربية والإسلامية ، وقوانين الأحوال الشخصية المعدلة طبقاً للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« القاضى المتحرر من قيود النصوص وأعباء
المراجع التى تعد من إسراكه وتقديره للوقائع غير
مبق على كتاب يصرفه عن تكوين رأى أو تأسيس
نظر ، هو قاضينا ، وهو مجتهدنا ، إذن فاعطنى
قاضياً ولا تعطنى قانوناً » .

الإمام والقاضى الشيخ محمد عبده

إهداء

إلى

الرجل ...

والمرأة ...

والأولاد ...

أولئك الذين تدور على أحوالهم الشخصية ...

الأحكام الموضوعية والإجرائية في

أصول المرافعات الشرعية

أهدى ...

هذا ...

الكتاب ...

المؤلف

أنور العمروسي

مداخل إلى البحث النظرية العامة للقضاء

- المبادئ الأساسية لولاية القضاء في الإسلام.
- القضاء الشرعى ، ودواعى إلغائه توحيداً للقضاء .
- قضاء الأحوال الشخصية فى الاقليم المصرى .
- السمات المميزة والقواعد الأساسية لقانون إجراءات التقاضى
فى مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل
بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠

الباب الأول

المبادئ الأساسية لولاية القضاء فى الإسلام

مقدمة (١) :

١- القضاء ولاية جليلة القدر ، عظيمة الشأن ، دل (٢) على تشريفه ، وتعظيمه ما جاء فى القرآن الكريم ، وفى السنة ، وفى أقوال الصحابة .

قال تعالى : « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » .

وقال عز من قائل : « إن الله يأمر بالعدل والإحسان » .

وقال سبحانه : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » .

وقال جل شانه : « فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً » .

وقال وقوله الحق : « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان » .

وقال سبحانه وتعالى : « إن الله يأمركم أن تؤبوا الأمانات إلى أهلها

(١) راجع بحثنا : للمبادئ الأساسية لولاية القضاء فى الاسلام - المحاضرة - السنة ٤٩ - العدد ٤ - ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) والقضاء مهمة مقدسة عند جميع الأمم المتقدمة ، ولقد كانت وظيفة القضاء - ولا تزال من أسس الوظائف ، ذلك أن القاضى يعمل على تمكين سيادة القانون وتدعيم السلام بين الناس بإيصال الحقوق إلى أربابها وتوقيع العقاب على المجرمين الأثمين (نظرة عامة فى القضاء فى الجمهورية العربية للتحدة وفى الشريعة الإسلامية - بحث - للأستاذ حافظ سابق - المحاضرة - السنة ٤٠ - العدد ١ ص ١٠٢ وما بعدها) .

وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .

وقال جل وعلا : « فإن جاءوك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم ، وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً ، وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين » .

وقال وهو أصدق القائلين : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً » .
٢- وقال رسول الله ﷺ : « والله إننا لا نولى هذا الأمر أحداً سألناه ولا أحداً حرص عليه » (١) .

وقال عليه الصلاة والسلام : « إن الله مع القاضى ما لم يجز ، فإذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان » .

وقال عليه السلام : « من حكم بين اثنين تحاكماً إليه وإرضياً فلم يقض بينهما بالحق فعليه لعنة الله » .

وقال : « إن أعتى الناس على الله وأبغض الناس إلى الله وأبعد الناس من الله رجل ولاه الله من أمر أمة محمد شيئاً ثم لم يعدل بينهم » .
وقال أيضاً : « عدل ساعة في حكومة (٢) خير من عبادة ستين سنة » .

وقال : « لا حد إلا في إثنتين رجل آتاه الله مالاً فسلطه علىهلكته في الحق ، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعمل بها » (٣) .

وقال : « هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة ؟ » قالوا : الله أعلم ورسوله » . قال : « الذين إذا أعطوا الحق قبلوه ، وإذا سئلوه بذلوه ، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم » .

(١) ورد في صحيح مسلم .

(٢) أى في حكم .

(٣) من حديث ابن مسعود .

٣- وقال عبد الله بن مسعود : « لأن اقضى يوماً بالحق أحب إلى من عبادة سبعين سنة » .

وقال عمر بن الخطاب في رسالته إلى أبي موسى الأشعري قاضى الكوفة :

« أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة . فافهم إذا أدلى إليك ، وأنفذ إذا تبين لك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، أس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يياس ضعيف من عنك - البينة على من ادعى واليمين على من انكر ، والصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً لحل حرام أو حرم حلالاً ، ومن ادعى حقاً غائباً أو بيعة فاضرب له أمداً ينتهى إليه ، فإن بيته أعطيت بحقه ، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية ، فإن ذلك أبلغ للعذر وأجلى للعمى ، ولا يمنعك قضاء قضيت فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ، وللمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجبراً عليه شهادة زور أو مجلوباً في حد أو ظنيماً في ولاء أو قرابة ، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر ، وستر عليهم الحدود إلا البينات والأيمان . ثم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم أعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله واشبهها بالحق . وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس والتذكر عند الخصومة أو الخصوم ، فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر . فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله ، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً ، فما بالك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائنه رحمته والسلام عليك ورحمة الله » (١) .

(١) ويقول الأستاذ حافظ سابق في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري إنها تضمنت المبادئ الأساسية في القضاء وطرق التقاضى وصفات القاضى وأدبه وهي تصلح دستوراً للقضاء في كل عهد وزمن ويقوم على أساسها أو يجب أن-

وقال رضى الله عنه موجهاً كلامه للقضاة : (إن جلستم للفصل فى منازعات الناس ، فتبينوا ، وتثبتوا ، فإن لصابكم أدنى شك ولو بمثلقال شعرة ، فكفوا عن الحد ، والله ولى من لا ولى له) .

وقال عمرو بن العاص : « لا سلطان إلا برجال ، ولا رجال إلا بالمال ولا مال إلا بعمارة ^(١) ، ولا عمارة إلا بالعدل » .

وقال سعيد بن سويد فى خطبة له فى حمص : « يا أيها الناس إن للإسلام حائطاً منيعاً ما اشتد السلطان ، وليس شدة السلطان قتلاً بالسيف ولا ضرباً بالسوط ، ولكن قضاء بالحق وأخذاً بالعدل » .

وروى أن أحد عمال عمر بن عبد العزيز كتب له يستأذنه فى تحصين مدينة ، فرد عليه بقوله « حصنها بالعدل ، ونق طريقها من الظلم » .

٤- ولقد إزدهر القضاء الإسلامى ، شأنه فى ذلك شأن سائر العلوم والفنون ، فى مختلف العصور الإسلامية ، وأرسى أسلافنا قواعد فى مقاييس العدل وتقاليدها فى تولية القضاء كانت هدى ونبراساً لمن جاءوا بعدهم ، ولعل فى رسالة عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه إلى أبى موسى الأشعرى - السابق ذكرها - وفى رسالته إلى شريح قاضى الكوفة ^(٢) وفى كتاب على بن أبى طالب كرم الله وجهه إلى عاتله فى مصر ^(٣) خير شاهد على صحة ذلك .

= يقوم على أساسها كل تشريع حديث - وقد استنبطها عمر من كتاب الله وسنة رسوله وما هدى إليه صفاء قلبه ونقاء مبعثه وفهم الحق لمعنى العدالة والظلم (نظرة عامة فى القضاء - بحث - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١ - ص ١١) .

(١) لى بعمران .

(٢) وقد جاء بها : « أنظر ما تبين لك فى كتاب الله فلا تسال عنه أحداً ، وما لم يتبين لك فى كتاب الله فاتبع فيه سنة رسول الله ﷺ وما لم يتبين لك فى السنة ، فاجتهد فيه رأيك ، وإن شئت أن تؤخر فتلتزم ، وما لرى التأخير إلا خيراً لك » .

(٣) وجاء به ، « اختر للحكم بين الناس الفضل رعيتهك فى نفسك ممن لا تضيق به الأمور ، ولا تحكه الخصوم ، ولا يتملأى فى الزلة ، ولا يحصر من الفئء إلى الحق إذا عرفه ، ولا تشرف نفسه على طمع ، ولا يكتفى بأدنى فهم إلى إقصاء ، =

٥- إن الكلام في القضاء الإسلامى والقضاة فى الإسلام يستلزم حتماً جهداً ، ووقتاً ، فال موضوع متشعب الجوانب ، متعدد المصادر ، غنى للمادة (١) ، ومن ثم فإن جهداً هنا - وهو جهد المقل - يقف ، فى هذا البحث ، عند إستظهار الأسس التى يقوم عليها القضاء الإسلامى ، ودراسة تاريخه ، وإلقاء بعض الضوء على أصالته وخلوده .

التعريف بالقضاء :

٦- للقضاء معنى فى اللغة ، وله فى اصطلاح الفقهاء معنى آخر . فهو فى اللغة بمعنى الحكم ، والجمع أقضية ، والقضية مثله والجمع قضاياء ، وقضى يقضى (بالكسر) ، وأصله قضى لأنه من قضيت ، غير أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت - قال تعالى : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا » أى حكم ، وقال سبحانه : « فاقض ما أنت قاض » ، أى لحكم بما شئت فإننا عرفنا الحق فاتبعناه (٢) .

حاز تفهم من الشبهات ، وكفهم بالحجج ، وأقلمهم تيرماً بمراجعة الخصم ، وأصبرهم على كشف الأسور ، وأصرهم عند إفشاح الحكم ممن لا يزعميه إطراره ، ولا يستميله إغراءه ، وأولئك قليل ، ثم أكثر تعامد قضيتك واتسح له فى البذل ، مما يزيل غلته وتقل معه حاجته إلى الناس ، وأعطه من المنزلة لديك ، ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك ، لئامن بذلك إغتيال الرجال له عندك .

(١) تخصصت مؤلفات ورسائل كثيرة فى الكشف عن مآثر القضاء الإسلامى وفصل وعيصرية قضاة الإسلام منها : تاريخ القضاة فى الإسلام - للقاضى محمود عرنوس ، والقضاة فى الإسلام - الشيخ محمد سلام مذكور ، والقضاة فى الإسلام - للدكتور عطية مشرفة ، والعمل القضائى فى القانون للمقارن - للدكتور القطب محمد طلبة ، والنظرية العامة للعمل القضائى - للدكتور وحدى راغب والقضاة فى الإسلام - للشيخ محمد سلام مذكور - طبعة ١٩٦٤ .

(٢) وجاء بمختار الصحاح الرازى أن القضاء يكون بمعنى الأداء والإنهاء ، تقول : قضى دينه ، ومته قوله تعالى : « وقضينا إلى بنى إسرائيل فى الكتاب » ، وقوله سبحانه « وقضينا إليك ذلك أمراً » أى أنهينا إليه وأبلغناه ذلك (ص ٥٤) ، وراجع أيضاً : الصحاح للتحرير للرافعى - جزء ٢ - ص ٦٦٩ ، وميلث المرافعات - للشيخ محمد زيد الإبيانى - ص ١٢١ ، والأصول القضائية - للشيخ على قراءة - ص ٢٧٦ ، والعمل القضائى فى القانون للمقارن - للدكتور القطب محمد طلبة - ص ٨٢ ، فى تاريخ قضاء الأندلس - لأبى الحسن النهامى ، وشرح لائحة الإجراءات الشرعية -

٧- كما أن له في اللغة معانٍ أخرى (١) .

فقد يكون بمعنى الفراغ ، وبمعنى القتل (قضى عليه) أو (قضى نحبه) ، وبمعنى الأداء والإنهاء ، ومنه قوله تعالى : ١ فقضاهن سبع سنوات ، وبمعنى القضاء والقدر .

٨- والقضاء في اصطلاح الفقهاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص صادر من ولاية عامة .

وقال بعضهم إنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة أي أنه الحكم والإلزام (٢) .

قيل قضيت بين الخصمين وعليهما أي حكمت ، وإستقضيته قضاء وقاضيته أي حاكمته ويقال إستقضى فلان ، أي سير قاضياً ، وقضى الأمير قاضياً ، مثل أمر أميراً .

٩- والمراد بالقضية - كما جاء برد المختار العلامة ابن عابدين (٣) - الحادثة التي يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلاً ، فركنها اللفظ الدال عليها ، ولا تكون قضية أي منسوبة إلى القضاء والحكم ، أي لا تكون محلاً لثبوت حق المدعى فيها وعدمه إلا بإستجماع شروط ستة هي منزلة أطراف الشيء المحيطة به أو أطراف الإنسان .

ومن قضاء قوله : أنفذت عليك القضاء ، وإذا رفع إليه قضاء قاضى أمضاه بشروطه ، وهذا هو التنفيذ الشرعى ، ومعنى رفع إليه حصلت عنده

- = للأستاذين أحمد قنعة والدكتور عبد الفتاح السيد - ص ٢٨ ، وشرح قانون الأحوال الشخصية العراقي - للقاضي البصرة الأستاذ علاء الدين خروقة - جزء ١ - ١٩٦٢ - ص ٢ وما بعدها .

(١) أورد المحيط الصلح بين الخصمين .

(٢) المراجع السابقة ، وتاريخ القضاء في الإسلام - للقاضي محمود عرنوس - ص ٢٩ ، والقضاء في الإسلام - للدكتور عطية مشرفة - ص ٨٠ ، والمراجع في قضاء الأحوال الشخصية - للقاضي أنور العمروسي - ص ٤٦ .

(٣) رد المحتار على الدر المختار ، لابن عابدين ، جزء ٤ ، ص ٤١١ .

خصومة شرعية (١) .

حكمة القضاء :

١٠- جاء في (معين الحكام) (٢) أن حكمة القضاء هي رفع التهاج ورد التواثب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهو فريضة قد باشرها الصحابة والتابعون وحض عليها من بعدهم الصالحون .

١١- وقد بالغ أكثر الفقهاء في الترهيب من الدخول في ولاية القضاء ، وشذبوا في كراهة السعي فيها ، ورغبوا في الإعراض عنها والتفوق والهروب منها ، حتى لقد إستقر في أذهان الكثيرين منهم أن من ولي القضاء سهل عليه دينه وألقى بيده إلى التهلكة ورغب عما هو الأفضل ، وساء إعتقادهم فيه .

ويعلق الأستاذ محمد زيد الإيباني على نظر الفقهاء بأنه خطأ فاحش يجب الرجوع عنه والتوبة منه ، وأن الواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين ، فيه بحث الرسل ، وبإلقيام به قامت السموات والأرض ، وجعله النبي ﷺ من النعم التي يباح الحسد عليها ، فقد جاء من حديث ابن مسعود عنه عليه الصلاة والسلام : « لا حسد إلا في إثنين رجل أتاه الله ما لا فسلطته علىهلكته في الحق ، ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعمل بها » ، وقال ﷺ : « هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة ؟ قالوا الله أعلم ورسوله . قال : « الذين إذا أعطوا الحق قبلوه ، وإذا سئلوه بذلوه ، وإذا حكموا للمسلمين حكموا لأنفسهم » ،

(١) ويقول القاضي محمود عرتوس ، إننا إذا بحثنا فيما يقيد كلمة (قضاء) نرى أنها لا تعطي معنى أكثر من الفصل في الخصومة كما هو مفهوم الشرعي (تاريخ القضاء في الإسلام للرجع السابق ص ٢٤) وجاء في مقدمة ابن خلدون أن «القضاء في العرف الشرعي هو الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع بالأحكام الشرعية المنتقاة من الكتاب والسنة» .

(٢) معين الحكام فيما يتريد بين الخصمين من الأحكام : لعلاء الدين الطرابلسي ، طبعة ١٢١٠ هجرية ، ص ٥٠ .

وغير هذا من الأحاديث التي يطول سردها . وقال عبد الله بن مسعود :
لأن أقتضى يوماً بالحق أحب إلى من عبادة سبعين سنة (١) .

١٢- وقد ولى رسول الله ﷺ على إبن أبى طالب ومعاذ بن جبل
ومعقل بن يسار القضاء ، فالتحذير الوارد من المشرع إنما هو عن الظلم لا
عن القضاء ذاته ، فإن الجور فى الأحكام وإتباع الهوى فيها من أعظم الذنوب
وأكبر الكبائر ، قال الله تعالى : « وأما القاسطون فكانوا لجهنم حطباً » ،
وقال عليه الصلاة والسلام : « إن أعتى الناس على الله ، وأبغض الناس على
الله ، وأبعد الناس من الله رجل ولاه الله من أمر أمة محمد ﷺ شيئاً ثم لم
يعدل بينهم » . وأما قوله عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم : « القضاء
ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة » فإن النار تكون مثوى للجائر
والجاهل الذى لم يؤمن له فى الدخول فى القضاء .

حكم طلب القضاء :

١٣- لا يخلو حال طالب تولى القضاء من أحد أمرين : فإما أن يتعين
للقضاء - بأن لم يكن هناك من يصلح للقضاء سواه . وإما أن لا يكون
متعيناً له .

فإن تعين للقضاء افترض عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا
لظلم الظالمين وإذا لم يتعين للقضاء لا يباح له طلبه ولا سؤاله .
فالطلب أن يقول للإمام : ولنى القضاء .

والسؤال أن يقول للناس . لو ولانى الإمام قضاء مدينة كذا لأجبت إلى
ذلك وهو يطعم فى أن يبلغ ذلك الإمام فيقلده وكل ذلك مكروه وإذا طلب أو
سأل لا يحل للمسلطان أن يوليه ذلك ، كما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال :
« من سأل للقضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه ينزل إليه ملك
يسدده » .

وإذا كان كذلك وجب أن لا يحل له السؤال لأنه معلوم وقوع الفساد منه
لأنه مخدول .

(١) مباحث المرافعات ، للشيخ محمد زيد الإياني ، للرجع السابق ، ص ١٢٢ .

وكما لا يحل الطلب والسؤال لا تحل التولية بعدهما ، لأنها حينئذ تكون تولية عن علم وقوع الفساد وهي لا تجوز ، ولكنه إذا ولاه السلطان القضاء بناء على طلبه أو سؤاله صحت توليته . وكذلك إذا ولاه بواسطة شفعاء تشفعوا له عنده في أن يصير قاضياً صحت توليته على الأصح ويصير كمن ولاى بغير شفعاء (١) .

حكم تولى القضاء :

١٤- إن تولية القاضى فرض لأنه إنما يولى ليحكم بين الناس بما ينصف المظلوم ويردع الظالم ، ويقطع المنازعات القائمة بين الأفراد - قال تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » ويتولى الإمام القضاء - إلا أنه كان من العسير عليه أن يقوم بكل أمور الناس وبخاصة عندما تشعبت شئون الدولة الإسلامية واتسعت رقعتها ، ومن ثم أن يقيم الإمام نواباً عنه فى مختلف المصالح ، والقضاء من بينهم .

وكان رسول الله ﷺ يبعث القضاة فى مختلف البلدان .

كان الإمام يجتهد لنفسه ولأمة الإسلامىة ليجتهد عمن يكون أهلاً للقضاء حتى يقوم بما عهد إليه خير قيام (٢) .

١٥- وكان كثير من الصالحين للقضاء يمتنعون عن التولية هيبه للموقف وخشية للمعاقبة عند الحساب فى الآخرة .

قال ابن سيرين (٣) .

« كنا عند أبى عبيدة بن أبى حذيفة فى قبة له وبين يديه كائون له فيه نار ، فجاءه رجل فجلس معه على فراشه ، فساره بشيء لا ندرى ما هو ، فقال له أبى عبيدة ضع أصبعك فى هذه النار . فقال له الرجل : سبحان

(١) الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية ، للقاضى على قراءة - طبعة ١٩٢١ ، ص ٢٧٩ .

(٢) مباحث المرافعات - للشيخ محمد زيد الإبيانى - المرجع السابق - ص ١٢٤ .

(٣) عيون الأخبار - لابن سيرين - ص ٦٥ ، ومقال : القضاء والمحاماة - للأستاذ حسن عبد الجواد - للمحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١٠ - ص ١٨٧٤ وما بعدها .

الله!! أنامرنى أن أضع لك أصبعى فى هذه النار . ١٩! فقال له أبو عبيدة :
أتهبخل على بأصبع من أصابعك فى نار الدنيا وتسألنى أن أضع لك جسدى
كله فى نار جهنم .. ٢٠! قال : فظننا أنه دعاه للقضاء .
وجاء فى (سبل السلام) (١) .

عن بريدة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « القضية ثلاثة ،
قاضى فى الجنة وقاضيان فى النار ... » .

وقال صاحب (سبل السلام) : إن هذا الحديث دليل على أنه لا ينجو
من النار من القضية إلا من عرف الحق وعمل به ، والعمدة : العمل ، فإن
من عرف الحق ولم يعمل به فهو ومن حكم بجهل فى النار . وظاهره أن
من حكم بجهل وإن وافق حكمه الحق فإنه فى النار لأنه أطلقه ، وقال فقضى
للناس على جهل فإنه يصدق على من وافق الحق وهو جاهل فى قضائه -
إنه قضى على جهل وفيه التحذير من حكم بجهل أو بخلاف الحق مع
معرفة به .

وظاهر من الحديث الشريف : « القضية ثلاثة ... » أنه لا ينجو من
النار إلا من قضى بالحق عالمًا به ، أما الآخران ففي النار .

كما يتضمن الحديث كذلك النهى عن تولية الجاهل القضاء من أجل
إمتناع كثيرون عن تولي القضاء خشية العقاب ، وقال ﷺ : « من ولى
القضاء فقد نبح بغير سكين » (٢) ، وعلق صاحب (سبل السلام) على هذا
الحديث قائلاً : « دل الحديث على أن التحذير من ولاية القضاء والدخول
فيه ، كانه يقول من تولى القضاء فقد تعرض لنبح نفسه ، فليحذر
وليتوق » فإنه إن حكم بغير الحق مع علمه به أو جهله له فهو فى النار ،
والمراد من نبح نفسه إهلاكها ، أى فقد إهلاكها بتولية القضاء ، وإنما قال
« بغير سكين » للإعلام بأنه لم يرد بالنبح فرى الأوداج الذى يكون فى

(١) رواه أبو هريرة .

(٢) سبل السلام - للإمام الصنعلى - المرجع السابق - جزء ٢ - ص ١٠٦ .

الغالب بالسكين ، بل أريد به النفس بالعذاب الأخرى .
 وقال ﷺ : « من طلب القضاء واستعان عليه بالشفعاء وكل إليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكاً يسده » (١) .
 وقال ﷺ : « والله إنا لا نولى هذا الأمر أحداً سواه ولا أحداً حرص عليه » (٢) .

ويعلق صاحب (سبل السلام) على هذين الحديثين قائلاً (٣) :
 « يتعين على الإمام أن يبحث عن أرضى الناس وأفضلهم فيوليه ، لما أخرجه الحاكم والبيهقي من أن النبي ﷺ قال : « من استعمل رجلاً على عصاة (٤) وفي تلك العصاة من هو أرضى الله تعالى منه فقد خان الله ورسوله وجفاعة المسلمين » ... وقد أخرج أبو داود بإسناد حسن عنه ﷺ : « من طلب قضاء المسلمين حتى يناله فغلب عدله جورته فله الجنة ، ومن غلب جورته غلبه فله النار » .

وقال عليه الصلاة والسلام : « يؤتى بالقاضى العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الصناب ما يتمنى إن لم يقض بين اثنين في مرة » .
 ويعلق صاحب (سبل السلام) على هذا الحديث قائلاً (٥) :
 « ولما عزفته تجنب أكابر العلماء ولاية القضاء .. » .

١١٢ - وكان عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - يتشدد في إختيار القاضى ، وهو القائل : « ما من أمير أمر أميراً أو استقضى قاضياً محابة

(١) أخرجه أبو داود والترمذى .

(٢) ورد فى صحيح مسلم .

(٣) سبل السلام - للإمام الصنعانى - المرجع السابق .

(٤) العصاة : جمع من الناس ، قال ابن فارس : نحو العشرة . وقال أبو زيد : العشرة إلى الأربعين (المصباح المنير - للراغبى - جزء ١ و ٢ - ص ٥٦٥ ، ومختار الصحاح - للراغبى - ص ٤٣٥) .

(٥) سبل السلام - للإمام الصنعانى - المرجع السابق .

إلا كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم. وإن أمره أو إستقضاءه لمصلحة المسلمين كان شريكاً فيما عمل من طاعة الله تعالى ولم يكن عليه شيء مما عمل من معصيته .

١٧- وعليه ، يكون تولى القضاء بالنسبة لحكمه (١) .

(١) فرض عين - إذا عرض القضاء على طالبه ، ولا يوجد في البلد من يصلح للقضاء غيره ، فإذا امتنع عن قبوله إثم إثم تارك فرض العين .

(٢) مستحباً - إذا وجد غيره يصلح للقضاء . ولكنه هو أصلح له وأقوم به .

(٣) عبادة - إذا إستوى هو وغيره في الصلاحية له ، فيخير فيه إن شاء قبله وإن شاء امتنع عنه - فقد قضى الأنبياء والمرسلون جميعاً بين الناس ، وولوا غيرهم القضاء ، وكذلك فعل الخلفاء الراشدين ، ولنا في الأنبياء والمرسلين والخلفاء الراشدين أسوة حسنة ، ولأن القضاء بالحق الذي أريد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة لله تعالى بل هو من أفضل العبادات ، وقد قال النبي ﷺ : « عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة » .

أما جواز ترك القبول فلما روى من أن النبي ﷺ قال لأبي ذر : « إياك والإمرة » ، كما يستفاد من ذلك أيضاً مما روى عن رفض أبي حنيفة وصاحبه محمد للقضاء .

لقد دخل في القضاء قوم صالحون ، وترك الدخول فيه قوم صالحون ، ومن أراد من القضاء أن يكون بمنجاة من العذاب أن يتأمل الحديث الشريف: « القضاء ثلاثة .. » .

(٤) مكروهاً - إذا كان طالب القضاء صالحاً له إلا أنه يوجد من أصلح له ، كان يخاف إذا تولى القضاء أن يحلف ويظلم أو يعجز عن القيام

(١) الأصول القضائية في الرافعات الشرعية - للقاضي على قراة - المرجع السابق من ٢٧٧ .

بواجباته من إظهار الحق وعدم أخذ الرشوة أو سماع دعاوى كل الخصوم .

(٥) حراماً - إذا غلب على ظنه أو علم من نفسه أنه يجور في الحكم ولا ينصف فيه أو يعجز عن القيام بواجباته ، وذلك لما يعلمه من باطنه من إتباع الهوى والسير مع الشهوات (١) .

هذا ، والتقلد عند الأمن وعدم التعين رخصة والترك عزيمة ، هذا عند العامة ، وفي الصحيح : وقيل إن الدخول فيه عزيمة والإمتناع عنه رخصة (٢) .

شروط القضاء :

١٨- تتحدث كتب الفقه الإسلامي في إسهاب عن كيفية إختيار القضاة ، والشروط الواجب توافرها فيهم ، ووسائل المحافظة على كرامتهم وإستقلالهم وضمان العيش الحسن والمنزلة السامية لهم ، وتلك عناصر ذات أثر في قيام القضاة بعملهم ، فضلاً عن صلتها الوثيقة بالعمل القضائي ذاته (٣) .

وكان الخليفة يتولى إختيار القضاة بنفسه أو يفوض فيه ولاية الأمصار ، وكان هذا الإختيار يتم بمعرفة أهل العلم والفقه .

١٩- ويشترط في القضاء ما يشترطه في الشهادة ، لأن القضاء من باب الولاية كالشهادة ، بل هو أعظم الولايات ، فيشترط في طالب القضاء الشروط الآتية :

١- أن يكون عاقلاً .

(١) وأورد القاضى على قراءة : أنه يجب على الإمام أن يتفحص الرجال ويختار منهم للقضاء الأولى به والأقدر عليه وجوباً حتى يخرج من الخيانة المنصوص عليها في قوله ﷺ : « من قلد غيره عملاً في رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » ولو قلد رجلاً من أهله إلا أن غيره أفضل منه فقد أساء ولم يأنم (الأمبول القضائية في المرافعات الشرعية - المرجع السابق - ص ٢٨٠) .

(٢) الأصول القضائية - للقاضى على قراءة - المرجع السابق - ص ٢٧٩ .

(٣) العمل القضائي في القانون المقارن - رسالة - الدكتور قطب محمد طهيلية - ص ٩٢ .

٢- أن يكون بالغاً .

٣- أن يكون حراً .

ولما كان القضاء من باب الولاية ، ولا ولاية لغير العاقل وغير البالغ وغير الحر (العبد) على أنفسهم فمن باب أولى لا تكون الولاية على غيرهم . إذ الولاية المتعدية فرع من الولاية القاصرة ، فلا يصح إذن تولية الحسي والمجنون ولا قضائهما .

٤- أن يكون مبصرًا ، فلا يصح قضاء الأعمى ، لأنه لا يمكن أن يفرق الطرفين المتنازعين ، كما لا يمكنه أن يشير إلى المقضي به إن كان موجوداً في مجلس القضاء (١) .

وإختلف في الأعمى (٢) فقيل يجوز أن يؤلى القضاء .

٥- أن يكون حسن النطق - وقد اختلف في قضاء الأخرس .

فيذهب رأي إلى جواز إقتائه لا قضائه ، ومن مؤيدي هذا الرأي مناجب (رد المحتار) ، لأن الأخرس - إلى نظره يستطيع أن يفرق بين المدعى والمدعى عليه .

ويذهب رأي راجح - إلى عدم جواز قضاء الأخرس ، لأنه لا يسمع الإقرار فتضيق حقوق الناس ، بخلاف الأصم ، فضلاً عن أنه لا يمكنه التعبير عما يريد .

(١) راجع في شروط القضاء تفصيلاً: الأصول القضائية - للقاضي علي قزامة - ص ٢٨٤ وما بعدها ، ومباحث المرافعات - للشيخ محمد زيد الإرياني - ص ١٧٩ ، ونظرة عامة في القضاء - للأستاذ حافظ سابق - الحمامة - السنة ٤٠ - العدد ٦ - ص ١٠٢ وما بعدها ، والعمل القضائي في القانون المقارن - للدكتور القطب محمد طلبة ، وتاريخ القضاء في الإسلام - للقاضي محمود عرنوس - ص ٢٠ وما بعدها ، والقضاء في الإسلام - للدكتور عطية مشرفة - ص ١٩٨ ، ورد المحتار على الدر المختار - لابن عابدين - جزء ٤ - ص ٤٥ ، والقضاء في الإسلام - محاضرة الأستاذ عبد القادر خلد الحامسي - الحمامة - السنة ٤٢ - العدد ١٠ - ص ٨٨٢ وما بعدها .

(٢) وهو من لا يبصر بالليل ويصبر بالنهار (مختار الصحاح - ص ٤٢٥) .

٦- أن يحسن السمع - فلا يجوز قضاء الأصم .

أما الأطرش - وهو الذى يسمع القوى من الأصوات - فيجوز توليه القضاء على الأصح .

٧- أن لا يكون قد تولى القضاء برشوة يدفعها القاضى أو قومه للسلطان أو لقومه وهو عالم بها . فلو ولى بالرشوة بالصفة المذكورة لم يصر قاضياً ، ولو قضى لم ينفذ قضاؤه على الصحيح - ولو ولى بالشفعاء كان كمن ولى القضاء بلا شفعاء على الأصح ، فينفذ قضاؤه وتصح أحكامه .

٨- أن يكون مسلماً - فالقضاء من باب الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، وقيل بجواز قضاء الكافر على الكفار أهل الذمة ، لأنه أهل الشهادة عليهم .

٩- أن يكون رجلاً (ذكراً) .

وقد تضمنت جميع كتب الفقه الإسلامى أنه يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مسلماً .

٢٠- وإختلفوا فى قضاء المرأة :

يذهب مالك والشافعى وأحمد بن حنبل - إلى أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء ، لنقص النساء عن رتب الولايات .

بينما ذهب أبو حنيفة - إلى جواز توليتها القضاء فى كل شيء تقبل فيه شهادتها وتصح عنده شهادة النساء فى كل شيء إلا فى الحدود والجراح .

على حين أطلق ابن جرير فأجاز قضاء المرأة فى كل شيء وفى جميع الأحوال ، قياساً على جواز إفتائها فى كل شيء .

وقد أورد صاحب (الأحكام السلطانية) تعقيباً على رأى ابن جرير - إنه لا إعتبار بهذا النظر ، لأن الإجماع على عكسه ، لقوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض » ، أى أن الله

سبحانه وتعالى فضل الرجال على النساء فى القول والرأى (١) .

وجاء فى خبر البخارى : « لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة » (٢) .

والخنثى كالأنثى فيما تقدم - ومع ذلك فقد نقل صاحب كتاب (محاضرة الأوائل) عن أوائل السيوطى أن أول من ولى القضاء من الخصيان جوهر خازن دار الملك الأشرف ولاء قضاء سمياط ، ولم يل القضاء خصى قبله (٣) .

٢١- ويعتينا أن نسجل هنا أن الخلاف بين الفقهاء حول تولى المرأة القضاء ، لم يتعد مجرد إبداء الرأى ، فلم يرشدنا تاريخ القضاء الإسلامى منذ عهد النبى ﷺ حتى اليوم أن المرأة إعتلت منصب القضاء .

ولقد كثر الحديث حول أهلية المرأة لتولى منصب القضاء (٤) . ويستند من يقولون بأحقيتها فى تولى هذا المنصب إلى خلو قانون السلطة القضائية من اشتراط الذكورة فيمن يصلح لموظفة القضاء ، ومع ذلك فقد جرى العمل فى جمهورية مصر العربية (الإقليم المصرى) على عدم تعيين المرأة فى الوظائف القضائية ، إستهناء بما جرى به تاريخ القضاء الإسلامى .

والرأى عندنا أنه يجب النظر إلى ولاية القضاء بعين شرقية إسلامية والإبتعاد عما تجرى عليه للمجتمعات الأوربية وغيرها .

(١) يراجع فى حكم تولى المرأة القضاء : المناية على الهداية - جزء ٥ - ص ٤٨٥ ، والأحكام السلطانية - للماوردي - ص ٥٢ و ٥٤ ، وابن عابدين - جزء ٤ - ص ٤١٤ ، والفتنى - لابن قدامة - جزء ١١ - ص ٣٨٠ .

(٢) وقال الإمام ابن حزم : وجاهز أن ترى المرأة الحكم وهو قول أبى حنيفة ، وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ولى السيدة الشنقاء بنت عبد الله وهى امرأة من قومه منصب الحسبة على السوق (للحلى - جزء ٩ - ص ٤٩٧) وقد ورد ذلك أيضاً فى المراجع التالية : سبل السلام - العلامة العسقلانى - جزء ٤ - ص ١٨١ ، والإستيعاب - العلامة ابن عبد البر - جزء ٢ - ص ٧٦١ ، والإصابة - للعلامة ابن حجر - جزء ٨ - ص ١٢٠ .

(٣) تاريخ القضاء فى الإسلام - للقاضى محمود عرنوس - للرجع السابق - ص ٨٦ .

(٤) تراجع جريدة الأخبار - الصادرة بتاريخ ١٨/٦/١٩٦٤ - ص ١٢ .

فطبيعة عمل القاضى وما يقوم به ويواجهه من الإرهاق فى البحث لا تناسب للمرأة بحال .

كما ان القاضى لا يتأثر بما يسمع ، بل يقضى فى النزاع فى حدود القانون وطبقاً لمقاييس العدل .

وإن كان مما يتفق وطبيعة المرأة تولى الوظائف الكتابية والحسابية وأعمال السكرتارية ، وما إليها ، فإنها أعمال لا تحتاج إلى عناء كبير ، كما أنها لا تستغرق الوقت المخصص للزوج والأولاد والبيت .

أما مجابهة الجماهير وسماع مشكلاتها ، والخوض فى بحث قضية حساسة ودقيقة تمس العرض والأخلاق ، لا يتلاءم كل ذلك مع طبيعة المرأة التى تهتز عواطفها لأتفه المؤثرات - ولا يغير من ذلك قدرة المرأة على ممارسة مهنة الطب أو التمريض أو البحث العلمى أو التدريس مثلاً .. فإن- مع ذلك - قد ثبت أن الطبيبة الناجحة مثلاً هى التى تعمل فى أمراض النساء أو الأطفال لتلاؤم ذلك مع طبيعة المرأة (١) .

وبالنسبة لدراسة القانون ، فإننا نلاحظ أن إقبال المرأة عليه محدود للغاية ، كما أن الخريجات اللائى صمدن فى ميدان القضاء الواقف قليل جداً، ولا يمكن أن نفتح باب التجربة لمثل هذا العدد القليل - كما أن من الخطر أن تكون التجربة على حساب حقوق المتقاضين ومصالحهم وحررياتهم .

إن المجتمعات الأوربية التى أدت للمرأة بإعتلاء منصب قضاء الأحداث أو نيابة الأحوال الشخصية قد اضطرت إلى ذلك بسبب النقص فى عدد الرجال بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية . ولم يقتصر فتح الباب لها على القضاء وحده . بل أذن لها بدخول المصنع وقيادة الأوتوبيس والتاكسى

(١) ولا يجوز - فى الجزيرة العربية - قضاء المرأة ، كما أنها لا تلتزم بسلامة الحواس ، إذ يمكن هناك تولية الأعشى والأعمى ومن يمكن أن يسمع ولو بصياح القضاء (القاضى فى الجزيرة العربية - مقال - للأستاذ عبد الله العباسى الحامى - السنة ٤٦ - العدد ٢ و ٨ - ص ٨٣٦) .

وجميع الوظائف العامة ، ومع ذلك فإن نتائج التجربة قد فشلت ، فلم تصلح المرأة الأوروبية لكي تكون محلفة أو وكيلة نيابة .

أما المجتمعات الأخرى التي أُنشئت للمرأة بإعتلاء منصة القضاء المحدود ، فقد كانت مقيدة لا أكثر ولا أقل ، ولم يتأكد نجاح التجربة عند هؤلاء .

ولعل ملاحظة أخيرة يمكن إبدائها في هذا الصدد ، ذلك أنه يشترط في القاضى أن يكون على نواية كاملة بمشكلات الناس ومنازعتهم والمرأة بطبيعتها قليلة التجربة .

ومن ثم كان من الحكمة القول بعدم صلاحية المرأة لتولى منصب القضاء .

صفات القاضى :

٢٢- القاعدة العامة (١) هي إختيار الأمثل الأصلح لكل منصب والقوة والأمانة ركنا كل ولاية . والقوة في القضاء تعنى العلم بالعدل الذى دل عليه الكتاب والسنة . كما تعنى القدرة على تنفيذ الأحكام .

والأمانة ترجع إلى خشية الله ، وألا يشترى به ثمناً قليلاً ، وترك خشية الناس ، ويقدم في ولاية القضاء الأعلم والأورع والأكفا (٢) .

وينبغى أن يكون القاضى موثقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وعلمه

(١) أهم المراجع في الصفات : رد المحتار على الدر المختار - لإبن عابدين - جزء ٤ ، والأصول القضائية - للقاضى على قراة - طبعة ١٩٢١ و ١٩٢٥ - ص ٢٨٠ ، والعمل القضائى في القانون المقارن - للدكتور القطب محمد طهية - ص ٩٢ وما بعدها ، والسياسة الشرعية - لإبن تيمية - طبعة ١٩٥١ - ص ١١ - ١٨ ، وتاريخ القضاء في الإسلام - للقاضى محمود عروس - ص ٢٦ و ٧٠ و ١٢٤ ، ونظرة عامة في القضاء - للأستاذ حافظ سابق - للحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١ - ص ١٠٦ ، ومباحث المرافعات - للأستاذ محمد زيد الإبياني ص ١٢٤ ، والقضاء والحاماة في كتاب الله - للأستاذ حسن عبد الجواد - للحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١٠ - ص ١٨٢٩ وما بعدها ، والمبادئ الأساسية لولاية القضاء في الإسلام - مقال - للقاضى ثور العمروسى - للحاماة - السنة ٤٩ - العدد ٤ - ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) السياسة الشرعية - لإبن تيمية - ص ٤١ وما بعدها .

بالسنة والاکثار ، شديداً في غير عنف ، ليناً في غير ضعف لأن القضاة من أهم أمور المسلمين ، فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر من الناس كان أولى (١) ، وينبغي للسلطان (٢) أن يتفحص في ذلك ويؤلى من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام : « من قلد إنساناً عملاً في رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » - وهذا الحديث يدل على إثم السلطان ، بتوليته غير الأولى .

كما يجب أن يكون طالب القضاء موثقاً به : أي مؤتمناً - والمراد بالموثق بقله كونه كاملاً ، فلا يؤلى الأخف وهو ناقص العقل .

والفاسق ليس بأهل القضاء ، ولا يصح قضاؤه لأنه لا يؤمن عليه لفسقه ، وكذلك شأن الجاهل الفاسق لأنه يحكم بفتوى غيره .

والصلاح خلاف الفساد ، وفسر الخصاف الصالح بمن كان مستوراً غير مهتوك ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل السوء ليس بمعاقر للنبيذ ولا يثام عليه الرجال ، وليس بقذاف للمحصنات ولا معروف بالكذب فهو أهل الصلاح .

وتطلبوا في القاضى أيضاً العلم بالأحكام الشرعية وأسرار التشريع - فقد قال أبو عبد الله بن فرج المالكي في كتابه (القضية الرسول) (٣) : إتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه لا يجوز لحاكم أن يحكم بين الناس حتى يكون عالماً بالحديث والفقه معاً مع عقل راجح وورع - وذهب الشافعي إلى أنه يجب أن يكون القاضى من أهل الإجتهد .

ويلاحظ البعض (٤) على كلام الفقهاء في هذا الشأن المروءة وعدم الجمود ومراعاة الزمن والبيئة والظروف المتغيرة - فيقول ابن تيمية

(١) أي مطلوب منه أن تكون صفته هكذا (الزيلي) .

(٢) رد المحتار على الدر المختار - لابن عابدين - ص ٤١٤ وما بعدها ، وشرح الدر المختار - لـ محمد علاء الدين الحصكفي - جزء ٢ - ص ١٣٤ وما بعدها .

(٣) تاريخ القضاء في الإسلام - للقاضي محمود عرتوس - المرجع السابق - ص ٢٦ .

(٤) العمل القضائي في القانون للقارن - للدكتور القطب محمد طبلية - المرجع السابق ص ٩٢ .

بتقديم الأروع من القضاة على الأعلّم فيما يظهر فيه الحكم ويخاف فيه الهوى ، وتقديم هذا الأخير على الأول فيما يندق الحكم ويخاف فيه الإشتباه ، ويقدم الأكفأ عليهما إن كان القضاء يحتاج إلى قوة وإعانة للقاضى أكثر من حاجته إلى مزيد من العلم والورع (١) .

وإذا وجد المجتهد كان أولى بالقضاء لأنه هو الذى يمكنه القضاء بالفتوى - مثلاً : إذا قال رجل قلت لزوجتى أنت طالق قاصداً بذلك الإخبار كاذباً ، فإن المفتى يفتيه بعدم الوقوع ، والقاضى يحكم عليه بالوقوع لأنه يحكم بالظاهر (٢) .

وإذا اجتهد الإمام أو نائبه وعين قاضياً موثقاً به فى عفاة ، وعده ، وصلاحه وفهمه ، وعلمه بالسنة والأثار ووجوه الفقه ، وجب على القاضى أن يسير السير الذى يرضى الله ورسوله ، فيأخذ بأدب الشرع الشريف ، فيتقى ما يشينه فى دينه ومروءته وعقله ، فإنه أهل لأن ينظر إليه ويقتدى به فيتقى الله فى جميع أعماله . ويقضى بالحق فلا يقضى لهوى يوصله ولا لرغبة تغيّره ولا لرغبة تزجره بل يؤثر طاعة ربه ويعمل لمعاده طمعاً فى جزيل ثوابه ومهرباً من ألهم عذابه فيتبع الحكمة وفصل الخطاب (٣) .

ومتى رفعت إليه دعوى يلزمه أن يسوى بين الخصمين فى الجلوس والإقبال عليهما ، فلا يسار أحدهما ، ولا يضحك فى وجهه ، ولا يلقنه حجة ، ولا يذهب إلى ضيافته ، ولا يقول كلاماً خفياً ، ولا بلسان لا يفهمه الآخر ، ويلقن الشاهد شهادته (٤) .

فالذى يلزم القاضى هو التخلّى عن كل ما يشينه والتحلّى بجميع

(١) السياسة - لابن تيمية - ص ١٨ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار - لابن عابدين - المرجع السابق .

(٣) مباحث الرافعات - للأستاذ محمد زيد الإبهلى - المرجع السابق - ص ١٢٤ .

(٤) واستحسنه أبو يوسف ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليمدد بينهم فى المجلس والإشارة والنظر » لأنه إذا قدم أحدهما يجترئ على خصه فيفتقرسه صاحبه ، فربما يؤدى ذلك إلى ترك حقه ، ولا فرق فى ذلك بين الأب والإبن وبين الخليفة والرعية وبين الدرء والشرف وبين المسلم والذمى .

صفات الكمال ، لأنه لا يسعه ما يسمع غيره ، فالعيون إليه مصروفة وتقوى الخاصة على الإقتداء به موقوفة .

وقد نصوا على أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضى عليه فيبين قضاؤه ويبين له أنه فهم حجته ، ولكن الحكم في الشرع كذا وهو يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره وإنما قالوا ذلك لأنه أنفع لشريكاته للناس ونسبته أنه جار عليه قريباً تتناول العامة عرضه وهو برئ ، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى وقد نصوا أيضاً على أن الحاكم^(١) يعرض الصلح على المتخاصمين مرة أو مرتين سواء أكانت الخصومة بين الأقارب أو غيرهم ، فإن إتفقوا على الصلح أجراه بينهم على وفق مسأله . وإن لم يتفقوا أتم للحكمة وحكم ، والسبب في ذلك أن الحكم بعد إثبات الدعوى ربما يؤدي إلى النزاع بين الخصوم في غير هذه الدعوى ، ويترتب عليه ما لا تحمد عقباه ، فإذا اصطالحوا على ما يريدون زال سبب النزاع مع تلبية غرض الطرفين^(٢) .

٢٣- وعلى هدى مما تقدم فإنه يجب أن تتوافر في القاضي الصفات التالية : الإستقامة ، والنزاهة ، والإستقلال في الرأي ، وسعة الصدر ، وهندسه الفكر ، والرزاقية ، وعفة اللسان ، والتواضع ، وإن لا يكون عابس الوجه فلماً أو ضجرأ .

وإن يكون متمتعاً بالمواهب العقلية ، كالذكاء وسعة الإدراك وقوة الملاحظة والإستدلال ، وإن يكون متمتعاً كذلك بالمواهب النفسية كالقدرة على الإصغاء إلى المرافعات الشفوية ، والقدرة على التحكم في العواطف ، ومقاومة الأهواء وإصلاح ذات النفس^(٣) .

إن للقاضي مصدر للعادلة بما حباه الله من فهم لمعنى العدل وإحساس

(١) الحاكم في القاضى .

(٢) مباحث المرافعات ، للشيخ محمد زيد الإياني ، المرجع السابق ص ١٧٥ .

(٣) نظرة عامة في القضاء ، الأستاذ حلفظ سابق ، المحاماة ، السنة ٤٠ ، العدد ١ ص ١٠٦ .

بالقيام بالواجب وصفاء في النهن ونقاء في الطبع ونور في القلب ورغبة في الاجتهاد .

٢٤- فقد اورد صاحب (المبسوط) (١) حديث معاذ بن جبل ، فقد روى عن الرسول ﷺ انه حين بعث معاذاً بن جبل إلى اليمن سألته : « بم تقضى ؟ » قال بكتاب الله قال : « فإن لم تجد ؟ » قال : فبسنة رسول الله . قال : « فإن لم تجد ؟ » قال : لأجتهد رأيي ولا ألو . فأقره الرسول عليه السلام على ذلك قائلاً : « الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى رسول الله » رواه البغوي ، وأخرجه أبو داود والترمذي (٢) .

وقد ورد في (نهاية الأرب) نقلاً عن الحلبي صاحب المنهاج إنه إذا أراد الحاكم الجلوس للحكم ، فليجلس وهو فارغ القلب لا يهمله إلا النظر في أمور المتظلمين ، وإن تغيرت حاله بغضب أو غم أو سرور مفرط أو وجع أو ملالة أو اعتراه نوم أو وجع ، فليقم إلى أن يزول ما به ثم يجلس - فقد روى عن رسول الله : « لا يقضى القاضي بين اثنين وهو غضبان » (٣) .

٢٥- ويجب أن يكون القاضي عدلاً ، وأن لا يتأثر بمركز الخصم ونفوذه .

قال تعالى : « وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين » .

وقال سبحانه : « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقال جل شأنه : « وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى » . وقال عز من قائل : « يناديونا إننا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله » .

(١) لمبسوط ، لشمس الأئمة السرخسي .

(٢) انظر في الاعتراض على هذا الحديث وجهات النظر المختلفة فيه : السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى السباعي ، طبعة ١٩٦٦ ، ص ٢٤٤ و ٢٤٦ .
والرسالة للإمام الشافعي ، طبعة القاهرة ، ص ٦١ .

(٣) القضاء في الإسلام - للشيخ محمد سلام منكوب - طبعة ١٩٦٤ - ص ٣٧ وما بعدها .

وقال عليه الصلاة والسلام في ذلك : « إن الله مع القاضى ما لم يجر ، فإذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان » وقال عليه السلام : « من حكم بين اثنين تحاكما إليه وإرضياه فلم يقضى بينهم بالحق فعليه لعنة الله » .

وروى في حادثة المرأة المخزومية التى إتهمت بالسرقة ، أن أسامة تحدث مع رسول الله ﷺ فى شأنها ، فقال له رسول الله ﷺ : أنتشفع فى حد من حدود الله - ثم قام رسول الله ﷺ خطيباً فقال : أيها الناس إنما ضل من قبلكم - ويقصد بنى إسرائيل - إنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه ، وإذا سرق الضعيف إقاموا عليه الحد ، وإيم الله - ولو أنى فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها .

ويجب أن يسوى القاضى بين الخصمين فى الجلوس والنظر والخلوة حتى لو اختلفا مركزاً ولم يتحصدا ديناً - وقد روى فى ذلك أن رجلاً ادعى على (١) على بن أبى طالب عند عمر بن الخطاب وكان على جالساً فالتفت إليه عمر وقال له : يا أبا الحسن قم فاجلس مع خصمك ، فقام وجلس مع خصمه متناظر . ولما إنصرف الرجل عاد على إلى مجلسه - وكان وجهه متغيراً ؟ فقال له عمر : يا أبا الحسن مالى أراك متغيراً ؟ أكرهت ما كان ؟ فقال على : نعم . قال عمر : وما ذاك ؟ فقال على : كنتنى فى حضرة خصمى ، هلا قلت يا على قم فاجلس مع خصمك ؟ فأخذ عمر رأس على وقبله بين عينيه ، وقال : يا أبى أنتم ، بكم هدانا الله وبكم أخرجنا من الظلمات إلى النور .

وروى كذلك أن عمر بن الخطاب وابن أبى كعب إختصما إلى زيد بن ثابت ، فالقى زيد وسادة لسيدنا عمر ليجلس عليها . فقال له عمر : هذا أول جورك ثم جلس على الأرض بين يديه .

وروى عن أبى يوسف أنه قال فى مناجاته عند موته : اللهم إني أعلم انى ما تركت العدل بين الخصمين إلا فى حادثة واحدة فاغفرها لى . فقيل له : وما تلك الحادثة ؟ فقال : ادعى نصرانى على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكننى أن أمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاذاة مع خصمه ، ولكنى

(١) أى إختصمه .

رفعت النصرانى إلى جانب البساط بقدر ما أمكنتى ، ثم سمعت الخصومة
قيل إن أسوى بينهما فى المجلس ، فكان هذا جورى .

ولا يصح أن يتأثر القاضى بمظهر الخصم فقد يوقعه ذلك فى خطأ
جسيم ، وقد روى فى ذلك أن امرأة جاءت إلى القاضى تبكى بكاء مرًا ، فقال
لحد الحاضرين : إن هذه المرأة لا شك مظلومة ، فقال القاضى : أن بكاءها لا
يصح الإستدلال به على صحة دعواها ، فقد قال تعالى فى سورة يوسف
«وجاءوا أباهم عشاء يبكون» .

ويجب على القاضى أن لا يقضى فى الدعوى المطروحة عليه قبل أن
يسمع أقوال الخصمين ودفاعهما . وقد روى فى ذلك عن على رضى الله
عنه أنه قال : « بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً وأنا حديث السن لا
علم لى بالقضاء » وقال عليه الصلاة والسلام : (إن الله سيهدى قلبك ،
ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع
كلام الآخر كما سمعت كلام الأول ، فإنه لآخرى أن يتبين لك القضاء) .

وروى أن ثوبة بن ثمر عندما ولى القضاء على مصر دعا إمراته
عقيرة وقال لها : يا أم محمد أى صاحب كنت لك ؟ قالت خير صاحب
وأكرمه . قال : إنن فاسمعى لا تعرضين لى فى شيء من القضاء ولا
تسألينى عن حكومة (١) ، ولا تذكرينى ، فإن فعلت شيئاً من ذلك فأنت
طالق فإذا أن تقيمى مكرمة وإما أن تنهينى نسيمة.

وقال عمر بن عبد العزيز إذا توافرت فى القاضى خمس خصال فقد
كامل :

(١) عمل بما كان قبله . (٢) ونزاهة عن الطمع .

(٣) وحلم على الخصم . (٤) وإقتناء بالأئمة .

(٥) ومشاركة أهل العلم والرأى .

على هذه القاعدة كان إختيار القضاة . وكان الذى يختار القاضى هو

(١) أى حكم .

الخليفة نفسه ، وكان كثير من القضاة يرسل إلى الخليفة يطلب رأيه في بعض الحوادث إذا أشكل عليه أمرها (١) ، فقد كتب عياض بن عبد الله الأزدى قاضى مصر من قبل عمر بن عبد العزيز يسأله في أمر الشفعة ، وإن سلفه كانوا يقضون فيها للأولى فالأولى من الجيران ، فكتب له أن يجعلها للشريك وحده ، وقال : إنما وضعت الحدود بين أهل الشرك في الميراث أو غيره وضريت مداخل الناس التي يدخلون منها دورهم وأرضهم فقد إنقضت الشفعة .

العمل القضائى فى الإسلام :

٢٦- كان الرسول عليه الصلاة والسلام أول قاض فى الإسلام ، بنفس القدر المبهر المنذر لرسالة ربه إلى عباده ، فكان يفصل بين المسلمين فى جميع نوازلهم ، ويقيم الحدود على المذنبين بمقتضى القرآن الكريم والوحى والاجتهاد والإلهام الربانى - قال تعالى وهو أصدق القائلين : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » وقال جل شأنه : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً » (٢) .

وكثيراً ما كان الرسول عليه السلام يستأنس برأى الصحابة « فقد كانوا له أشبه بالمستشارين فى العصر الحديث (٣) .

ولما هاجر الرسول ﷺ إلى المدينة جاء بنظام للقضاء يتصل بالدعوى والشهادات وطرق الإثبات (٤) .

وكانت طرق الإثبات عند الرسول عليه الصلاة والسلام : البينة ،

(١) القضاء والحماية فى كتاب الله ، للأستاذ حسن عبد الجواد - المرجع السابق .

(٢) شرح القانون الأحوال الشخصية العراقى - للقاضى علاء الدين خروقة - المرجع السابق ص ٥ .

(٣) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - المرجع السابق - ص ٢٨ .

(٤) تاريخ القضاء الإسلامى - محاضرات على الألة النسخة لكلية الحقوق بالأسكندرية ص ٣٢ .

واليمين ، والكتابة ، والفراسة ، القرعة ، وغيرها . وكان يقول :

« البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » - « وأمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » - « وإذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد » .

وكان عليه الصلاة والسلام لا يحايى لحدأ من المتخاصمين ، فقد أثر عنه أنه قال : « إذا جلس بين يدك الخصمان ، فلا تقضى حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت كلام الأول ، فإنه أحرى أن يبين لك وجه القضاء » .

وكان الفصل في الخصومات في صدر الإسلام يدور على محور واحد هو القرآن المنزل من عند الله ، قال تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً » .

فلما اتسعت الدولة الإسلامية أذن الرسول لبعض الصحابة بترخيص الخصومات بين الناس طبقاً للكتاب والسنة والقياس . كما أذن الرسول عليه السلام للولاة الذين أرسلهم إلى الأمصار بالقضاء طبقاً للقياس والسنة والاجتهاد (معاذ بن جبل) .

وبما الرسول لمن أذن لهم بالقضاء أن يفصلوا بين المتخاصمين بكتاب الله والسنة والقياس . إن أحكام القرآن نزلت مجملة ظاهرة العموم في مواردها ، فهي تتناول العموميات في المسائل لا من الخصوصيات التي يكثر حدوثها في كل زمان ومكان (١) .

وكان نظام القضاء في عهد الرسول عليه السلام لا يأخذ الشكل المعروف الآن كانت سماته تتجلى في أن يسأل في أمر من أمور الناس فيجيب على المسألة وفقاً لما يوحى به إليه .

وكان طريق القضاء سهلاً وبسيطاً يتناسب والهداية التي كانت سمات ذلك العصر ، فلا كتابة ، ولا محضرون ، لا إعلانات ، ولا مذكرات ، ولا

(١) شرح اللائحة الشرعية للأستاذين قمحة وعبد الفتاح - المرجع السابق - ص ٢٨ .

نفوع ، ولا معارضات ، ولا إستثناءات ، بل كان الخصوم يتوجهون إلى الرسول عليه الصلاة والسلام يعرضون عليه خصومتهم فيسمع أفعالهم ويحكم بينهم فيرتضون حكمه ، ويقوم المحكوم عليه بتنفيذه طوعاً ودون حاجة إلى إجبار . وكان ﷺ شديد الميل إلى إصلاح ذات البين ، فقد كان ﷺ يقول : « ردوا الخصوم كي يصطلحوا » . وهو منهج جليل أخذت به أغلب القوانين العصرية (١) .

وقد روى الإمام أحمد في (المسند) عن أم أسامة عند زوج النبی ﷺ أنها قالت : جاء رجلان يختصمان في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة . فقال رسول الله ﷺ « إنكم تختصمون إلي رسول الله ، وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض . وإنما أفضى بينكم على نحو ما اسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها أسماطاً في عنقه يوم القيامة ، فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما : حقى لأخى . فقال رسول الله ﷺ : « أما إذن فقوموا ، فإنهما فلتقتسما ، ثم توخيا الحق ثم إستتهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه » .

٢٧- وتولى القضاء بعد الرسول ﷺ الخلفاء الراشدون وكان نظام القضاء عندهم متمثلاً في الأخذ من كتاب الله وسنة رسوله ، سائرين في ذلك على نفس للنوال ، ومهتدين بهدى الرسول الكريم .

فقد قال أبو بكر في أول خطبة له بعد ما ولى الخلافة « أيها الناس إني وليت عليكم ولست بخيركم ، فإن أحسنت فأعينوني ، وإن أسأت فقوموني » ، ثم قال : « الضعيف فيكم قوى عندي حتى أرد عليه حقه إن شاء الله ، والقوى فيكم ضعيف عندي حتى أخذ الحق منه إن شاء الله » .

تلك كانت المبادئ القضائية في نظر أبي بكر .

وكان يقوم إلى المسلمين ليسألهم عن سنة الرسول ﷺ في المسألة التي تعرض عليه ليقضى فيها ، فإذا روى أحدهم أنه يعرف أن الرسول

(١) الثلاثة الشرعية - للرجع السابق - ص ٢٩ .

عليه الصلاة والسلام حكم في مسألة معينة بحكم ، قال أبو بكر - عندئذ -
الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا » .

أما عمر بن الخطاب فقد فصل الولاية عن القضاء بسبب كثرة
الفتوحات الإسلامية وإتساع نطاق العمران بحيث أصبح من العسير على
ال خليفة أو نائبه أن يجمع بين النظر في الأمور العامة ، والفصل في
الخصومات ، فعهد بالقضاء إلى شخص آخر غير الوالي ، فقد جاء بمقدمة
إبن خلدون أن عمر بن الخطاب ولي أبا الدرداء معه بالمدينة للقضاء ، وولي
شريحاً بالبصرة ، وأبا موسى الأشعري بالكوفة .

ويعتبر كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري - السابق
بيانه - مهما اختلف الرواة فيه ^(١) دستوراً لنظام القضاء والعمل القضائي
حتى يومنا هذا ^(٢) .

ومما يروى أن أحد المصريين جاء إلى عمر بن الخطاب يشكو من إبن
عمرو بن العاص حاكم مصر من قبل عمر ، فيستدعي الحاكم ، إلى مقر
الخلافة ليقتص منه الشاكي ، ثم يقول للمصري « اضرب إبن الأكرمين »
ويلتفت إلى عمرو بن العاص ويقول : « متى إستعبدتم الناس وقد ولدتهم
أمهاتهم أحراراً » - فقد كان رضى الله عنه يعتبر نفسه مسئولاً عن
تصرفات عماله في الأمصار ، ولذا كان يقول « أيما عامل لى ظلم أحداً
فبلغنى مظلته فلم أغيرها فأنا ظلمته » .

(١) أعلام الموقعين - لإبن القيم - وقد علق ابن القيم على خطاب عمر بن الخطاب إلى
أبي موسى الأشعري قائلاً - : « هذا كتاب جلال تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه
أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتي لحوج الناس إليه وإلى تأمله والتفقه
فيه.. » ، ويعتبر الشيخ عمر عبد الوهاب هذا الكتاب من الأئمة الشرعية (ينظر
مقاله : القياس والأدلة - مجلة الحقوق السنة ٣ - العدد ٧٤) .

(٢) ويعقب الشيخ عمر عبد الله على خطاب عمر بن الخطاب بقوله : « .. ولم يزل
الفقهاء والقضاة من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم يسلكون هذا الطريق في
القضاء وفي إستنباط الأحكام الشرعية ومعرفتها ... » ، أحكام الأحوال الشخصية
في الشريعة الإسلامية - طبعة ٢ - ١٩٥٨ - ص٩ ويراجع أيضاً : في محراب
العناية وشريعة الله - للدكتور جمال الدين الرمادى - ص٢٤ .

وروى أيضاً أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وعرض عليه مسأله وقال : إن زيدا وعلياً قضيا له فيها بكنا ، فقال عمر : ولو عرضت على لقضيت فيها بكنا ، فقال الرجل . وما يمنعك أن تقضى فيها بهذا الرأى ؟ فقال له عمر : لو كنت أدرك إلى كتاب الله وسنة رسوله لفعلت ، ولكن أدرك إلى رأى والرأى مشترك ، فلم ينقض ما قال على وزيد .

فقد كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه - بحق - ذا عقل قضائى ممتاز ، بارعاً فى الإجتهد موفقاً فى الرأى ، عرف بذلك فى كل حياته وفى زمن الرسول عليه الصلاة والسلام وفى خلافة أبى بكر ، وقضله على القضاء لا يتسامى إليه فضل .

ولما إتسعت رقة الدولة الإسلامية وتعقدت أمورها السياسية والدولية ، أعطى ولادة الأمصار حق إستقضاء القضاة وتولييتهم دون الخلفاء ، وقد كتب الإمام على بن أبى طالب كرم الله وجهه إلى عامله فى مصر كتاباً فوض له بموجبه إختيار القاضى وأرشده إلى الصفات الواجبة فيه والتى تعد دستوراً فى إختيار القضاة حتى يومنا هذا ، وقد ذكرنا نص الخطاب فيما تقدم .

وكان الخلفاء الراشدين وغيرهم من التابعين مشهورين بالفراسة التى كانت تساعدهم على إستفسار الحق وتعريف الظالم من المظلوم ، والمحق من المبهل . قال تعالى : « إن فى ذلك لآيات للمتوسمين » ، وقد فسر ذلك رسول الله ﷺ بالمتفرسين ، فقد قال عليه الصلاة والسلام : « إتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله » وقال أيضاً : « إن لله عبداً يعرفون الناس بالتوسم » (١) . والفراسة ناشئة عن جودة القريحة ، وحدة النظر ، وصفاء القلب ، وإمام الناس فى ذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، لم تكن تخطئه له فراسة ، وكان يرى الشئ فى حيلة النبى ﷺ فيجىء الوحي موافقاً لرأيه (٢) .

(١) رواهما الترمذى .

(٢) تاريخ القضاء فى الإسلام - للقاضى محمود عرنوس - للرجع السابق - ص ٣٧ و ٣٨ .

وسار القضاء في عهد بنى أمية على طريق الخلفاء الراشدين في استنباط الأحكام من الكتاب والسنة والإجماع ، وكان القضاة يجتهدون برأيهم ، ومن أشهر قضاتهم نكاه وقراسة القاضي إياس . فقد كان ذكاؤه مضرب الأمثال . قال الحريري في اللقمة السابعة ، « فإن المعيتي المعية ابن عباس وقراستي قراسة إياس » ، وقال الشاعر أبو تمام :

إقدام عمرو في سماحة حاتم في حلم أحنف في نكاه إياس

إمتاز القضاء في عهد بنى أمية بميزتين :

الأولى - أن القاضي كان يقضى بما يوحى إليه إجتهاده حيث لم تكن المذاهب الأربعة التي تقيد بها القضاة فيما بعد قد ظهرت في هذا العصر ، فكان القاضي يرجع في قضائه إلى الكتاب والسنة في الفصل في الخصومات .

الثانية - أن القضاء لم يكن يومئذ متأثراً بعوامل السياسة حيث كان القضاة مستقلين في قضائهم عن جميع السلطات وكانت كلمتهم نافذة حتى على الولاة وعمال الخراج .

وكان القضاة في ذلك العصر من خيرة المعاصرين كرام النفوس موفوري المنزلة ، يمشون الله ويضافون حسابه ، وعلى الرغم من استقلالهم في القضاء ، فقد كان الخليفة الأموي شديد المراقبة لمن شذ عن الطريق السوي .

وحكى الكندي أن الخليفة هشام بن عبد الملك الأموي كتب إلى عامله على مصر يقول له : (.. وتخير لقضاء مصر رجلاً ، عفيفاً ، ورعاً ، تقياً ، سليماً من العيوب ، لا تأخذه في الله لومة لائم) .

وإتسعت الحضارة في العصر العباسي ، وانتشر الإسلام شرقاً وغرباً ، وتفرق حفاظ الشريعة ورواتها في الأمصار ، واقتضى العمران وتشعب المعاملات لدى الأمم التي دخلت في الإسلام دائرة القضاء ، قال الإمام مالك قال عمر بن عبد العزيز : يحدث للناس من الأقضية بقدر ما يحدث لهم من الفجور .

وقد كتب عبد الله بن المقفع إلى أبي جعفر المنصور ثاني الخلفاء العباسيين رسالة قال فيها :

« وما ينظر أمير المؤمنين في أمر هذين المصريين - البصرة والكوفة - وغيرهما من الأمصار والنواحي إختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي بلغ إختلافها أمراً عظيماً . فلو رأى أمير المؤمنين أن يامر بهذه الأقضية فترفع إليه كتاب ويرفع معها ما يحتج به قول من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيه ، ونهى القضاة عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتاباً جامعاً رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً » .

وسار النظام القضائي الإسلامي في الأمصار على نهج نظام السابقين مع تقدم وتطور مستمر بحضارات أهلها إلى حد كبير ، وبرزت عبر القرون الطويلة عقريات عديدة ممن إمتلوا مناصب القضاء . وأطنبت كتب التاريخ والعلوم والأحكام في سرد مآثرهم وأخصيتهم ، وكشفت عن جوانب الإعزاز والسمو في قضاء الإسلام ونزاهتهم وعلمهم بما يعد أثراً خالداً ، ومفخرة على مر الأيام .

وكان في مصر - في دولة المماليك - نظام قضائي ممتاز ، وكان فيها قضاة عرفوا بحسن السيرة وطهارة الذمة يحترمون مركزهم القضائي ، ولا يقبلون تدخل أحد في أعمالهم مهما علا مركزه . وكثيراً ما كانوا يرفعون إستقالتهم من مناصبهم إذا هددوا في كرامتهم أو إعتدى أحد على إستقلالهم . كما أنهم كانوا لا يقبلون الرشوة ولا الهدية . ولذلك كان لهؤلاء القضاة مقام كريم في الدولة المصرية وفي نظر السلاطين والأمراء وجميع طبقات الشعب .

إمتحان القاضي :

٢٨- لما كان الشرع الإسلامي قد مجد القضاء وسما بالقاضي - وكان من الرسل والأنبياء - فقد إهتم قادة الرأي بإختيار من يولونه قاضياً .

وكان يحيى بن إكثم قاضي المتوكل يتولى إمتحان من يترشع للقضاء بنفسه حتى لا يتعين في منصب القاضي إلا من أثبتت التجارب وثبت

ماضيه أنه جدير به ، وقد جاء كتاب (عيون الأخبار) (١) لابن قتيبة الدينوري أن يحيى بن أكثم كان يمتحن من يريدهم للقضاء فقال لأحدهم : ما نقول في رجلين زوج كل واحد منهما الآخر أمه فولد لكل واحد من إمرأته ولد ، ما قرابة ما بين الولدين ؟ فلم يعرف الإجابة ، فقال له يحيى : كل واحد من الولدين عم الآخر لأمه .

وجاء في كتاب (نفع الطيب) لأبي العباس المقرئ أنهم كانوا في عاصمة الخلافة في الأندلس لا يقدمون أحداً للفتوى ولا لقبول الشهادة حتى يطول إختبار وتعقد له مجالس المذاكرة ذا مال في أغلب الأحيان (٢) .

وامتحن ابن شبرمة طالباً للقضاة من أهل صنعاء ، فقال له : دعيت لأمر عظيم ، للقضاء ، فقال الرجل : ما أيسر القضاء . فقال ابن شبرمة : نسألك عن شيء أيسر منه ، قال سل ، قال ابن شبرمة : ما نقول في رجل ضرب بطن شاه حامل ، سألت ما في بطنها ؟ فسكت الرجل فقال ابن شبرمة : إنا بلونك فما وجدنا عندك شيئاً فقل له : ما القضاء فيها ؟ قال ابن شبرمة : تقوم حاملاً ، وتقوم حائلاً ، ويغرم قدر ما بينهما (٣) .

وأورد صاحب (رد المحتار على الدر المختار) أنه لو ظهر إنسان من دار بيده سكين وهو متلوث بالدم ، سريع الحركة ، عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها إنساناً مذبوحاً بذلك الوقت ، ولم يوجد بالدار أحد غير ذلك الخارج - فمن يكون القاتل ؟ الإجابة : يؤخذ به الخارج بالسكين ، وهو الظاهر إذ لا يمتري أحد في أنه قابله أما القول بأن شخصاً آخر نهبه ثم تسور الحائط ، أو بأن القاتل ذبح نفسه ، لا يلتفت إليه ، لأنه لم ينشأ عن دليل (٤) .

(١) عيون الأخبار - لابن الدينوري .

(٢) ويقول النكتور جمال الدين الرمادي : « كما يكون التعمين بالمعرفة السابقة أي بطول الخبرة دون تمييز أو محاباة ، وإما بشهادة الثقة أي أن يشهد له جماعة من الثقة بطول الباع في فهم كتاب الله والسنة وغير ذلك من أمور الشرع الشريف... » (في محراب اللدد وشرعية الله - المرجع السابق - ص ٢٦) .

(٣) عيون الأخبار - لابن قتيبة الدينوري .

(٤) رد المحتار على الدر المختار - لابن عابدين - جزء ٤ - المرجع السابق .

- ومن الأسئلة التي وجهت لطالبي القضاء أيضاً والتي نقلتها كتب
الفقه الإسلامي ، ما يلي :

- تزوج رجل امرأة - وزوج ابنة أمها ، ما قرابة ما بين أولادهما ؟
الإجابة ، أحدهما عم الآخر ، والآخر خاله .

- ماذا تقول في إنسان له قبل ونكر ، ولا يدري كيف يورث الإجابة :
يلصق بالجدار ، فإن بال عليه فهو ذكر ، وإن بال في رجليه فهو أنثى (١) .

مرتبات القضاة :

٢٩- تناول الفقهاء المسلمون بأسهاب كيفية الإحتفاظ لرجل القضاء
بكرامته ومروته وإستقلاله وما يضمن له السعة في الرزق وعلو
المنزلة (٢)- وأظهر كتاب في هذا الشأن ذلك الذي وجهه الإمام علي - رضي
الله عنه - إلى عامله في مصر مفوضاً إياه في إختيار القاضي وقد قال فيه :
« ثم إختار للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك ... ممن لا تشرف
نفسه على طمع ... أقسح له في البذل ما يزيل علقته ، وتقل معه حاجته إلى
الناس . وأعطه من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك ، فليأمن
بذلك إقتيال الرجال له عندك ... » (٣) .

وكانت راتب القاضي في الإسلام تصرف من بيت المال في صورة
بلغت مائتي درهم في الشهر ، ومن الطعوم ما لا يحتاج معه إلى غيره .
وقد يزيد إذا دعت الحاجة إلى مزيد (٤) .

وغاية القول أن عمر بن الخطاب أول من رتب أرتاق القضاة (مرتباتهم)

(١) القضاء والمحاماة في كتاب الله - الأستاذ حسن عبد الجواد - المرجع السابق -
المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١٠ - ص ١٨٨٥ و ١٨٨٦ .

(٢) العمل القضائي في القانونين اللقارن - للدكتور القطب محمد طهيلة - المرجع
السابق - ص ٩٢ .

(٣) وعلى الرغم من أن الإمام علي كان معروفاً بالزهد والقناعة فقد رتب لقاضييه
شريح خمس مائة درهم في كل شهر بحيث يكون راتبه في العام ستة آلاف درهم .

(٤) المختارات الفتحية - للشيخ أحمد أبو الفتح - المرجع السابق - ص ٨٢ .

فجعل للقاضي سليمان بن ربيعة الباهلي خمسمائة درهم في كل شهر ،
ورتب لشريح مائة في كل شهر أيضاً .

أما الإمام علي بن أبي طالب فقد رتب لشريح خمسمائة درهم في كل
شهر فيكون راتبه في العام ستة آلاف درهم ، بينما كان الإمام علي نفسه
يكتفي بقصعة ثريد في كل يوم من بيت المال .

وكان عبد الرحمن حجابة الحولاني قاضي مصر في زمن واليها عبد
العزيز بن مروان يجمع بين ولاية القضاء وبين ولاية بيت المال والقصص ،
فكان يرزق على القضاء مائتا دينار وعلى القصص مائتا دينار أخرى وعلى
بيت المال مثل كذلك ، وكان عطاؤه مائتي دينار وجافزته كذلك . فكان يأخذ
في العام ألف دينار . وجاء في تاريخ الكندي : « وفيما وجدت في ديوان بني
أمية براءة زمن مروان بن محمد فيها : (بسم الله الرحمن الرحيم - من
عيسى بن أبي عطاء إلى خزان بيت المال ، فأعطوا عبد الرحمن بن سالم
القاضي رزقه لشهر ربيع الأول وربيع الآخر ستة إحدى وثلاثين ومائة :
عشرين ديناراً . واكتبوا بذلك للبراءة - وكتب يوم الأربعاء لليلة خلت من
ربيع الأول ستة إحدى وثلاثين ومائة) .

ويعقب القاضي محمود عرنوس على ذلك قائلاً : « إن التوسعة على
القضاة في أرزاقهم كانت مبدأ عاماً من يوم أن وجدت الأرزاق في النواوين ،
ويظهر أنها كانت تصرف مقدماً ، كما يعلم من البراءة التي رواها
الكندي^(١) .

وبعد :

٣٠- فلا يسعنا إلا أن نختم هذا الفصل بما لورده الإمام علاء الدين
الطرابلسي في كتابه (معين الحكام) عن القضاء ، حيث قال :

« إن علم القضاء من أجل العلوم قدرًا ، وأعزها مكانًا ، وأشرفها نكرًا .
لأنه مقام على ، ومنصب به الدماء تعصم وتسفح ، والأبضاع تحرم وتنكح

(١) تاريخ القضاء في الإسلام - للقاضي محمود عرنوس - المرجع السابق - ص ٢٠ .

والأموال يثبت ملكها ويسلب ، والمعاملات يعلم ما يجوز فيها ويحرم وينتدب .

والقاضي لا يصانع ، ويضارع ، ولا يتبع المطامع .

وبما قاله عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فى القاضي :

وعن أبى نر قال ، قلت : يا رسول الله إلا تستعملنى (أى تولينى القضاء) ، قال ضرب بيده على منكبيه ثم قال : « يا أبأ نر إنك ضعيف ، وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزى وندامة . إلا من أخذها بحقها وأدى الذى عليه فيها » . فمن كان ضعيفاً لا يصلح لتولى القضاء بين المسلمين^(١) .

(١) وحكى الإمام الجليل فى كتابه (البيان والتبيين) إن عمر بن الخطاب - وهو الذى ولى أبأ موسى الأشعري القضاء - ترامت إليه الأنبياء بأن أبأ موسى يصدر فى أحيان قضائه وهو منحرف عن الحجة وقد أعوزته الحجة ، فكتب إليه عمر يقول له : « يا أبأ موسى بلغنى أنك وأنت على دين موفور ، وعقل راجح وبديهة خصبة يضل بك المسلك عن إمساك الحجة ، فلا عليك من شيء ما دمت قد أخلصت له ترسمك مواقع الصواب وتحريك ملارج العلم وإنتهاجك منهج أسلافنا الصالحين . يا أبأ موسى إن القضاء إن أرادوا عدلاً ، وفصلوا بين الخصوم فصلاً ، فزحزحوا فى الحكم منهم جهلاً ، كانوا كمثل الغيث أصاب محلاً » - ويقول الشيخ محمد عبده فى كتابه (الإسلام والنصرانية) إن : « ليس على القاضي فى خطئه إذا خلس الدنيا تعقيب ، فهو بشر قبل كل شيء . إنما عليه المأخذ تأخذ بالنواصي والأحكام . إذا إنزلق فى مزالق الهوى ، ولحاطت بعتقه الشبهات ، فالقاضي للتحرد من قيود النصوص ، وأعباء المراجع التى تصد من إدراكه وتقديره للواقعات غير مطبق على كتاب يصرفه عن تكوين رأى أو تأسيس نظر هو قاضينا ، وهو مجتهدنا ، إن فاعطنى قاضياً ، ولا تعطنى قانوناً » .

الباب الثانى

القضاء الشرعى

ودواعى إلغاءه توحيداً للقضاء

الفرع الأول

نظام القضاء فى مصر فى عهد

خليفة نابليون بونابرت

٣١- كشف نظام القضاء فى مصر - وكان كله قضاء شرعياً بطبيعة الحال . كتاب موجه من (قاضى عسكر مصر المحروسة) (١) إلى خليفة نابليون بونابرت ، وقد إكتشف هذا الكتاب من مخطوطات دار الكتب القاضى الشرعى محمود عرنوس صاحب كتاب (تاريخ القضاء فى الإسلام) .

هذا الكتاب يتضمن بياناً بالمحاكم والقضاة والدرجات القضائية ونظام العمل القضائى . وعنه يعرف إلى أى مدى من التطور وصل العمل القضائى فى الوقت الحاضر فى بلادنا .

(١) نشر نص هذا الكتاب بجريدة «المقطم» - العدد ١٣٦٦٠ ، وبمجلة المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٥ و ٦ - من ٢٩٩ وما بعدها . كما نشر بالطبعة الثانية من (اصول المرافعات الشرعية) من ٥٩ وما بعدها .

الفرع الثاني

القضاء الشرعى فى الإقليم المصرى

٣٢- كان القاضى الشرعى فى الإقليم المصرى (١) يختص بالنظر فى جميع المسائل والمنازعات ، سواء منها ما تعلق بالمعاملات أو الحدود أو الأحوال الشخصية أو المسائل العامة أو السياسية ، إختصاصاً بعيد المدى ، يشمل كل شىء ، ويمتد إلى غير ما حد (٢) .

ومنذ أنخلت مصر فى حوزة الأتراك والقضاء الشرعى محصور فى الحنفية لأن المذهب الحنفى كان مذهب العثمانيين ، لإشتمال هذا

(١) وكانت للمحاكم الشرعية تطبق لحكام الشريعة الإسلامية ، ولو أنها كانت تطبق لحكام الشريعة الإسلامية وفق لأحد المذاهب الأربعة لكان الأمر ، لكنها كانت تولى قضاة من المذاهب الأربعة فكانت الأحكام تصدر تارة بحسب مذهب الإمام أبى حنيفة ، الأخرى وفق مذهب الإمام الشافعى ، وثالثة طبق مذهب الإمام مالك ، وأخرى بحسب مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، وكان شيخ الإسلام تارة شافعى للمذهب وتارة حنفى للمذهب (يراجع بحث « التشريع والقضاء قبل إنشاء المحاكم الأهلية » - للأستاذ عزيز خانكى الحامى - الكتاب الذهبى للمحاكم الأهلية - ١٩٢٣ - ص ٦٢) .

(٢) كان القضاء الشرعى فى الماضى البعيد يتعدد بتعدد المذاهب ومعتنقيها ، فقد كان لكل مذهب من المذاهب الأربعة قاضى يقضى بحسب نصوص مذهبه تبعاً لمذهب المتقاضين ، وكان هذا النظام سائداً فى الديار المصرية ، لأنه يحقق رغبات المتقاضين المختلفة وينشد الطمأنينة الشاملة فى نفوس المتقاضين ، وتظل الحال كذلك إلى أن استولى السلطان سليم على مصر عام ١٩٢٣ فوحد القضاء فى ذلك التاريخ وقصره على مذهب أبى حنيفة بحكم أن المذهب الحنفى هو مذهب السيادة العثمانية (راجع بحث « القضاء الشرعى والقضاء للملئ فى مصر قديماً وحديثاً » - للأستاذ عباس طه الحامى - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٢٢ - الجزء ٢ و ٤ - ص ١٢٧) ، وبحته : القضاء فى عصوره المختلفة - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ و ٢ و ٤ - ص ٣ وما بعدها ، وإلغاء للحاكم الشرعية - للأستاذ محمد البربرى الحامى - المحاماة الشرعية السنة ٨ - العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٩ وما بعدها - العدد ١ - ص ٣ وما بعدها .

المذهب على إعتبارات فقهية ثلاث المستولين في البلاد العثمانية (١) .

وكان من أثر تبعية مصر للدولة العلية ما أنشأته تلك الدولة من نظام قضائي حديث يتناول إنشاء المحاكم الشرعية . ومحاكم الحقوق (المحاكم المدنية) وجميع الأحكام الفقهية في مجلة الأحكام العلية .

وعلى هذا يمكن القول بأن المحاكم الشرعية كانت هي الأصل (٢) - في الإقليم المصري - تختص بالنظر في جميع الخصومات والحكم في جميع المنازعات أي كان نوعها وأي كان أصحاب الشأن فيها ، دون بحث عن جنسية الخصوم ، ودون تمييز بين المعاملات المدنية ومسائل الأحوال الشخصية ومواد القصاص والتعزير .

(١) ويسعدني أن أنقل من مضبوطة مجلس النواب - الجلسة ٦٢ - يوم الثلاثاء ٢٢ مايو سنة ١٩٣٩ ، ما قاله أحد النواب تعقيباً على تصريح وزير العدل في ذلك الوقت عن كادر للقضاء الشرعي ، من تكريم للقضاء الشرعي . قال : أن تعمل على أن يحتفظ القضاء الشرعي بما كان له في نفوس أسلافنا الأولين ، من مكانة سليمة ، ومنزلة عالية ؛ وأن يكون رجاله كما كانوا في الصف الأول ، محتمين بإحترام الأمة وعظيم تقديرها ، ذلك لأن القضاء الشرعي مرجعه ، كما تعلمون ، الشريعة الفراء التي هي كاملة وكافلة لجميع مصالح البشر على أساس العدل والمساواة بين جميع الناس ، لا فرق بين مسلم وغير مسلم ، ولا بين غني وفقير ، ولا بين أمير وخفير . أن صلاحية المحاكم الشرعية الفصل في جميع الخصوم ، سواء أكانت مدنية أو جنائية أو غير ذلك ، أمر لا ينكره إلا كل مكابر ، فهي تصلح لذلك بمقتضى وضعها الأصلي الشرعي القانوني ، وإنها وإن كانت إختصاصاتها قد قصرت على وضعها الحالي ، فإن هذا لا يقلل من أهميتها ، لأنها ما زالت تنظر في مسائل هامة ، تنطق بالحياة الاجتماعية والإقتصادية ، فهي تنظر في قضايا الزواج والطلاق وأسرهم معلوم وشأنها خطير . كما تنظر في قضايا الوفاق ، والوقف كما تعلمون مسألة إقتصادية كبيرة ، وإدارة عامة للخير ، والإصلاح وهي تنظر أيضاً في مسائل الموارث وبين من يستحق ومن لا يستحق في تركة المتوفى من أقاربه .. .

(٢) هذا ، والقضاء في إمارة رأس الخيمة دولة الإمارات العربية المتحدة ، هو قضاء شرعي القاضي الشرعي فيه صاحب الولاية العامة ، يتولى النظر في جميع المواد المدنية (حقوق شرعي) والتجارية ، والأحوال الشخصية ، والجنائية ، وما زالت العقوبات : الحبس والجلد والأبعاد (بالنسبة للمواطنين) وأن التنفيذ في المواد المدنية يقوم على حبس المدين القادر على دفع ما عليه من دين أو يقدم كفيلاً مقبلاً .

ولكن هذا الإختصاص الواسع الشامل أخذ في الإضمحلال شيئاً فشيئاً خصوصاً بعد إنشاء المحاكم الأهلية - على ما سنرى - بحيث أصبح القضاء الشرعى من قبيل المحاكم الإستثنائية ، بعد أن كان الذى لا يناقسه قضاة^(١) .

وحاصل القول أن المحاكم الشرعية أصبحت منذ سنة ١٨٨٢ مختصة بالنظر فى مسائل الأحوال الشخصية .

ذلك أنه منذ تولى محمد على باشا حكم مصر ، أنشأ مجالس عديدة إلى جوار المحاكم الشرعية إنتزعت كثيراً من إختصاصها ، كمجالس أقلام الدعاوى (وتختص بالنظر فى الدعوى المدنية التى لا تتجاوز قيمتها ١٥٠٠ قرشاً ، ومجلس دعاوى البلد فى المدن الصغيرة ويختص بالنظر فى الدعاوى المدنية التى لا تتجاوز قيمتها ٥٠٠ قرشاً ، وببعض المسائل الزراعية ، والمجالس المركزية ، وتنظر الدعاوى المستأنفة من مجلس دعاوى البلد وتقضى إبتدائياً فى الدعاوى المدنية التى تزيد قيمتها على ٥٠٠ قرشاً ، والمجالس الإبتدائية فى عواصم اللديريات والمحافظات ، وتنظر فى الدعاوى الجنائية والدعاوى المدنية التى تزيد قيمتها على ٢٥٠ قرشاً ، ومجالس الإستئناف وتنظر فى الأحكام الصادرة من المجالس الإبتدائية ، ومجلس الأحكام فى القاهرة ، وتنظر فى أحكام مجالس الإستئناف ، ومجلس التجارة ، ومجلس مشيخة البلد .

٣٣- إن الأصل أن يتولى القضاء فى بلد أهله ، وأن تحتوى مساحة القضاء فيه كافة القاطنين به دون قيد أو حد أو تمييز - ولكن الأمر فى الإقليم المصرى كان على خلاف هذا الأصل ، فلم يكن القضاء فيه باسماً يده على السكان لجمعين ، كما لم تكن حكومة البلاد مستقلة بالتشريع متصرفة فى شئونه ، وهذا راجع إلى ما إصطلح على تسميته بالإميازات الأجنبية^(٢) .

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السعيد - المرجع السابق - ص ٩٨ .

(٢) بحث ، أثر الإميازات الأجنبية فى القضاء والتشريع فى مصر - الأستاذ عبد الحميد بدوى - الكتاب الذهبى للمحاكم الأهلية - ص ١ .

وعلى حين أن الولاية القضائية في معظم البلاد واحدة لا تتعدد ، فقد كانت الجهات القضائية في الإقليم المصرى متعددة طبقاً لمعاملات وتقاليد وعادات ، وأدى ذلك بالتالى إلى تعدد القوانين التى تطبقها تلك الجهات (١) .

وفى ٢٨ يونية سنة ١٨٥٧ إفتتح الخديوى إسماعيل فى حفلة رسمية بسرأى رأس التين للمحاكم المخططة ، وأناط بقضائها مهمة توزيع العدالة بين المصريين والأجانب .

ثم أقيمت الإمتيازات الأجنبية فى ٧ مايو سنة ١٩٣٧ ، وبدأت فترة إنتقال لمدة إثنى عشر عاماً تبدأ من أكتوبر سنة ١٩٣٧ تلغى بعدها المحاكم المخططة (٢) .

وانشئت المحاكم الأهلية فى ١٤ يونية سنة ١٨٨٣ على أنقاض المجالس القديمة ، وافتتحت فى بلاد الوجه البحرى ، ثم افتتحت فى بلاد الوجه القبلى فى عام ١٨٨٩ .

وقد انتزعت هذه المحاكم الجديدة (من مختلطة وأهلية) كثيراً مما كانت المحاكم الشرعية تختص به نظره ، بل إنها كانت تتصدى للنظر فى مسائل الوقف والأحوال الشخصية فى كثير من الأحيان (٣) . فعلى الرغم من أن المحاكم الشرعية كانت المحاكم العامة فى كل المواد بالنسبة لكل من كانت تظلم أرض الكنانة ، لكن الإتفاقيات السياسية من جانب والتسامح الدينى (٤) من جانب أخر أديا إلى تضائل إختصاصها حتى صار غير

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمعة وعبد الفتاح السيد - المرجع السابق - ص ٤٤ .

(٢) القضاء والحاماة الوطنيان - مقال - الأستاذ للرحوم محمد صبرى أبو علم - الحاماة - السنة ٣٢ - ص ٦٤٩ .

(٣) تاريخ القضاء فى الإسلام - القاضي محمود عرتوس - المرجع السابق - ص ١٩٩ .

(٤) تاريخ القضاء فى الإسلام - للقاضي محمود عرتوس - المرجع السابق - ص ٢٠٠ ، والرجيز فى المرافعات المدنية والتجارية - للدكتور عبد المنعم الشرقاوى - طبعة ١٩٥١ - ص ١٨١ وما بعدها ، وقارن : الوسيط فى المرافعات المدنية - للدكتور رمزى سيف - طبعة ٨-١٩٦٨ / ١٩٦٩ - ص ٣٢ ، ويحث : القضاء الشرعى -

متناول إلا قدرًا من مسائل الأحوال الشخصية ، فنقص من إختصاصها
القدر الذى زيد فى إختصاص المحاكم المختلطة والأهلية .

٣٤- وصدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها
لتنظيم القضاء الشرعى عام ١٨٨٠ ثم عام ١٨٩٧ وعُدلت عام
١٩٠٩ و١٩١٠ ، ثم عدلت تعديلاً جوهرياً فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣١ حيث
صدرت لائحة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تتضمن ستة كتب :
الأول - فى ترتيب للمحاكم الشرعية وتشكيلها ، والثانى - فى إختصاص
المحاكم الشرعية ، والثالث - فى إنتخاب القضاة الشرعيين وتعيينهم ،
وتدبيرهم وتاديبهم ، والرابع - فى إجراءات التقاضى والأحكام وطرق الطعن
فيها ، والخامس - فى تنفيذ الأحكام والسادس - فى تحقيق الوفاة والوراثة
والإشهادات والتسجيل .

وتصدر الأحكام طبقاً للمدون فى لائحته ولأرجح الأقوال من مذهب
أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على
قواعد خاصة ، فيجب أن تصدر طبقاً لتلك القواعد (م ٢٨٠ من اللائحة
الشرعية) (١) - كما صدرت عدة قوانين بشأن بعض أحكام الأحوال
الشخصية ، منها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة
١٩٢٩ .

٣٥- وثار خلاف حول معنى الأحوال الشخصية . هل يقصد به
معنى شرعى ، أو لفسوى ، أو معنى إصطلاحى قانونى - وقد عرفت
محكمة النقض (٢) بقولها :

« المقصود بالأحوال الشخصية مجموعة ما يتميز به الإنسان عن

« والقضاء القانونى بين عهدين - الأستاذ عباس طه للحلى - المحاماة الشرعية -
السنة ٢٤ - العدد ١ و ٢ و ٣ - ص ٨ وما بعدها .

(١) الموجب فى المرافعات - للدكتور عبد النعم الشرفاوى - المرجع السابق - ص ١٨٢
وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٢٤/٦/٢١ مجموعة القواعد القانونية - فى ٢٥ عام - الجزء
١ - مدنى - ص ٤٥٤ ، ومقال : للمقصود بالأحوال الشخصية - للمحامى العام
أحمد خيرت - مجلة القضاء - العدد ٨ - سبتمبر ١٩٧٣ - ص ٦١ وما بعدها .

غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الإجتماعية ، ككون الإنسان ذكر أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً شرعياً أو ابناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذا فالوقف والوصية والنفقات على إختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية ، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والوصية من عقود التبرعات التي تقوم غالباً على فكرة التصديق للخبوب إلى ديانة (فألجاه) هذا إلى إعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من إختصاص المحاكم المدنية التي ليس في نظامها النظر في المسائل التي تحوى عنصراً دينياً في تقرير حكمها .

ويرى البعض (١) أن معنى الأحوال الشخصية الواردة في المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ سواء بالنسبة للمصريين والأجانب .

وقد استبدلت المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٤٩ بالقانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ بالنص التالي :

« تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية وجميع الجرائم إلا ما إستثنى بنص خاص » .

٣٦- وكانت فترة الإنتقال التي حددتها إتفاقية إلغاء الإمتيازات الأجنبية ومدة إثنتا عشر عاماً (من ١٩٢٧/١/١٥ إلى ١٩٤٩/١٠/١٤) فترة دقيقة في تاريخ مصر القضائي والسياسي ، فلم تكن جهات القضاء متعددة في بلد من بلاد العالم يمثل ما كان عليه الحال في مصر ، وكان طبيعياً - حتى تستكمل البلاد أسباب إستقلالها وسيادتها - أن تفرض سلطان قوانينها على كل من تظله أرض الكنانة سواء أكانوا أجانب أم مصريين ،

(١) الوجيز في المرافعات - للدكتور عبد المنعم الشرقاوي - المرجع السابق ص ١٨١ .

واعد فى نهاية هذه الفترة القانون المدنى رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٨ وقانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ لكى تسرى أحكامها فور إنتهاء فترة الإنتقال وينص القانون المدنى فى مادته الأولى على إعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدر (من مصادر القانون ، حيث تقول : « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فحواها - فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وقد جاء بالأعمال التحضيرية لهذه المادة (١) ما يلى : « ... بقيت الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر التى إستند إليها المشروع ، وقد إستمد منها كثيراً من نظرياتها العامة ، وكثيراً من أحكامها التفصيلية - وقبل هذا وذلك ادخل المشروع فى شأن الشريعة الإسلامية تحديداً خطيراً ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، إذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه ، والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة ، فيرجع القضاء إذن للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الأفضية ، وفى هذا فتح عظيم للشريعة الفراء . لا سيما إذا لوحظ أن ما ورد فى المشروع من نصوص هو أيضاً يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة . فسواء وجد النص أم لم يوجد ، فإن للقاضى فى أحكامه بين اثنتين : إما أن يطبق أحكاماً لا تتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها ، وأهم ما إقتبسه من النظريات العامة هو هذه النزعة المادية أو الموضوعية التى تميز الفقه الإسلامى ، كما أخذ بنظرية التعسف فى إستعمال الحق ، وبمسئولية عديم التمييز ويحوالة الدين ، وبعمد الحوادث

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ١ - ص ٢٠ وما بعدها ، ويراجع كتابنا : (التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل - جزء ١ - طبعة ١٩٧٨ - ص ٢٠ حتى ص ٢٠٠)

غير المتوقعة وهناك أحكام تفصيلية إقتبسها المشروع من الفقه الإسلامي (١)، ويكفي هنا الإشارة إلى بعضها ، من ذلك الأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وإيجار الوقف ، والحكر ، وإيجار الأرض الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وإنقضاء الإيجار بموت المستأجر ، وفسخه بالعذر ، ووقوع الإبراء من الدين بإرادة منفردة . هذا ، إلى مسائل كثيرة أخرى سبق إقتبسها التقنين الحالي من الشريعة الإسلامية ، وجاراه المشروع في ذلك ، كبيع المريض مرض الموت ، والغبن ، وخيار الرؤية ، وتبعية الهلاك في المبيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة . والأحكام المتعلقة بالملو والسفل ، وبالحائض المشترك . ومدة التقادم . أما الأهلية والهبة ، والشفعة ، وأما المبدأ القاضي بالآ تركة إلا بعد سداد الدين ، فهذه كلها موضوعات على جانب كبير من الأهمية ، وقد أعدت برمتها من الشريعة الإسلامية .. ١٠ .

وقال أحد أساتذة جامعة أكسفورد في كتابه (تراث الإسلام) : إن فضل الشريعة الإسلامية على القوانين الأوربية عظيم لدرجة أننا أخذنا عن الشرع الإسلامي كثيراً من القوانين الخاصة بالمعاملات التجارية والشركات التجارية وفي مقدمتها النوع الذي نعتقد نحن أنه من الشريعة الإسلامية وهو شركات التوصية التي يسميها علماء الشريعة (شركات القراض) .. (٢) .

والشريعة الإسلامية أسبق من غيرها أيضاً في التشريع البحري ، وذلك أن ريتشارد قلب الأسد عند عودته من الحروب الصليبية وقف في جزيرة في المحيط الأطلسي إسمها (لويرو) ، وأمر من معه من الوثنيين أن يدنوا جميع القواعد الخاصة بالتجارة والعادات البحرية التي نقلوها من العرب ، وقد نونت !!... (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - المرجع السابق - ص ٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون للننى - جزء ١ - ص ١٠ .

(٣) إن الإسلام قد أدى رسالته نحو العقل والعلم كما ينبغي ، أن العلم الإسلامي العربي كان من الأسباب القوية لنهضة أوربا في العصور الوسطى . ولا يزال كهدف العلماء المسلمون وما إخترعوه في سائر العلوم والمعرفة وبخاصة في-

بل لقد نص قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ فى المادة السابعة منه على أنه : « لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الفراء » .

٣٧- كما تضمن قانون المرافعات كتاباً رابعاً بأحكام الأحوال الشخصية (١) ممدداً القواعد التى تسرى على الأجانب فى منازعاتهم التى آل الفصل فيها إلى القضاء المدنى (م ٨٥٠ مرافعات) وقد جاء بهذا النص : « تختص المحاكم المدنية المصرية بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب » (٢) .

ويضع العالمان الفرنسيان أوبرى ، ورو - معياراً للترقية بين الأحوال الشخصية والأحوال المدنية - بالرجوع فى ذلك إلى طبيعة المسائل .

-الطبيعة والكيمياء والفلك والصينلة والطب والجراحة ، موضع الإعجاب والفخر على مر الزمان ، ولا يزال حتى اليوم مقدر كل التقدير من المصريين (الإسلام وحاجة الإنسان إليه - للدكتور محمد يوسف موسى - ص ٤١) .

(١) يراد بالأحوال الشخصية للركز القانونى للأشخاص فى الأسرة . ويقابلها الأحوال العينية وهى المركز القانونى للأموال - والأحوال الشخصية إنما تدخل عندهم فى باب المعاملات وهذا الإصطلاح ولید التشريعات الوضعية - وخطاى الأحوال الشخصية فى التشريعات الوضعية يختلف اختلافاً كبيراً بين دولة وأخرى ، فكلمة الأحوال الشخصية فى فرنسا تقتصر على الحالة والأهلية العامة للشخص ، بينما تتسع فى إيطاليا حتى الميراث والوصية والهبة - وقد كان وضع مقياس للترقية بين ما يدخل فى الأحوال الشخصية وما يدخل فى الأحوال العينية فى التشريع المصرى أكثر صعوبة (منازعات الأحوال الشخصية - للأستاذ نصيف زكى للحامى - بحث - المحاماة - السنة ٣٦ - العدد ٩ - ص ١٤٠) ، وانظر أيضاً : شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ١٠٠ و ١٥١ ، وبحث المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية - لأستاذنا الكبير حامد زكى ونفع الله بعلمه لجهال العرب - مجلة القانون والإقتصاد - السنة ٤ - العدد ٧ - ص ٢٨٧ وما بعدها ، وهو يرى أن تعدد الهيئات القضائية فى مسائل الأحوال الشخصية كارثة على العدالة وعلى للتقاضين وعلى الدولة ، وأن من الألفق العمل على توحيد الإختصاص بالنسبة لجميع المصريين بغض النظر عن ديانتهم .. وأن للمحاكم الأهلية قدرة على الفصل فى مسائل الأحوال الشخصية .

Aubry et Rau, 1, p 137. not 17 .

(٢)

الفرع الثالث

دواعى إلغاء القضاء الشرعى بالإقليم المصرى توحيداً للقضاء

١- مراحل توحيد جهات القضاء :

٣٨- إن سيادة الدولة على رعاياها والمقيمين بها لم تكن كاملة وجهات الأحوال الشخصية متعددة ومتشعبة ، وقد أدى تشعبها إلى تعقيد الإجراءات والإضرار بالتقاضين الذين راحوا يستعدون هذه الجهات القضائية المتعددة بعضها على بعض (١) .

بل أن توزيع القضاء على هذه الجهات المتعددة ، وتجزئته ، مضر بالنظام العام ومجحف بحقوق البلاد ، ومنتقص لسيادتها ، وفيه مساس بكرامة القضاء ناشئ عن احتمال تضارب الأحكام (٢) .

وكانت ظاهرة تعدد جهات القضاء تلك شىء لا نظير له فى البلاد ذات النظم القضائية الراقية ، بحيث كانت ولاية القضاء مقطعة الأوصال تتقاسمها جهات قضائية مختلفة تختص كل واحدة منها بنوع من المنازعات أو بالنسبة لطائفة من المتقاضين (٣) .

٣٩- ولما كانت هذه الظاهرة شاذة وغريبة ، وفريدة ، فقد حدا الأمر إلى توحيد جهات القضاء المصرى ، ومرت إجراءات التوحيد بالمرحل التالية:

(١) المرجع الرافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضى أنور العمروسى - للرجع السابق - ص ٦٤ .

(٢) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قنعة وعبد الفتاح السيد - المرجع السابق - ص ٨٤ .

(٣) الوسيط فى شرح قانون للرافعات المدنية - للدكتور رمزى سيف - المرجع السابق - ص ٣٧ .

المرحلة الأولى : وهي المرحلة السابقة على إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ - وقد رأينا فيما تقدم أن للمحاكم الشرعية كانت خلالها صاحبة الولاية العامة ، ثم شاركها تدريجياً ، وشيئاً فشيئاً جهات أخرى هي المحاكم المالية ، والمحاكم القنصلية ، ومجالس الأحكام بالإضافة لما كان مقرراً لرجال الإدارة من سلطة الفصل في المنازعات .

ولم تكن حدود إختصاص كل جهة من تلك الجهات القضائية واضحة ، ولذلك قيل إنه لم يكن في الإقليم المصري نظام قضائي ، بل كانت هناك فوضى قضائية ضاعت في ثناياها الحقوق ، وفقد العدل (١) .

المرحلة الثانية : وهي المرحلة التي تبدأ من إنشاء المحاكم المختلطة حتى إلغائها أي من يوم ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وخلال تلك الفترة كانت تتولى العمل القضائي ست جهات قضائية هي : المحاكم الشرعية ، والمحاكم المالية ، والمحاكم القنصلية ، والمحاكم المختلطة ، والمحاكم الأهلية ، والمجالس الحسبية ، ومجالس البلاط ، وفي هذه الفترة عقدت معاهدة مونترو في عام ١٩٣٧ بين مصر والبلاد صاحبة الإمتيازات ، وألغيت المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة بعد فترة الانتقال كما سبق القول ، يحال بعدها إختصاصها إلى المحاكم العادية (الوطنية) ، ثم صدر بعد ذلك قانون للمحاكم الحسبية الذي عمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٨ ، كذلك أنشئ مجلس الدولة والقضاء الإداري خلالها .

المرحلة الثالثة : وهي المرحلة التالية لإلغاء المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية حتى إلغاء المحاكم الشرعية والمالية ، أي من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، وفي خلال هذه الفترة ألغى النظام الملكي الفاسد وتبشيت الجمهورية في ١٨ يونية سنة ١٩٥٢ ، وألغيت مجالس البلاط ، ولما كانت ثورة يوليو الخالدة قد قامت في ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ لإصلاح الفساد في شتى نواحيه فكان إصلاح مرفق القضاء بتيسير

(١) الوسيط في شرح قانون الرافعات - للدكتور رمزي سيف - للرجع السابق - ص ٢٨ ، والقضاء الموحد في مصر - بحث للأستاذ عباس طه المحامي - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ١ و ٢ و ٣ - ص ٨ وما بعدها .

سبل التقاضى لجميع المواطنين دون تحيز أو تفريق ، فأصدرت حكومة الثورة فى ١٢ سبتمبر سنة ١٩٥٥ القوانين رقما ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ و ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بتعديل قانون نظام القضاء وإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية ، كما أصدرت فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ القوانين ٦٢٤ لسنة ١٩٥٥ و ٦٢٥ لسنة ١٩٥٥ و ٦٢٦ لسنة ١٩٥٥ و ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ و ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ بتنظيم الرسوم والتنفيذ والمرافعات والمحامين ورجال القضاء الشرعى ، بعد أن عقد الاختصاص بنظر القضايا التى كانت ترفع على المحاكم باللغة إلى نواثر الأحوال الشخصية بالمحاكم المدنية (اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦م) (٩ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) .

المرحلة الرابعة : وهى المرحلة التى تبدأ منذ إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية ، أى من أول يناير سنة ١٩٥٦ حتى الآن .. وبعد الآن .. وفى خلال هذه الفترة لم يعد هناك سوى جهتان قضائيتان هما : المحاكم صاحبة الولاية العامة للنظر فى جميع قضايا الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين (مسلمين وغير مسلمين) والأجانب والمتنازعات المدنية والتجارية والإجتماعية والمالية والجنائية ، وجهة القضاء الإدارى . وفى هذه الفترة تلاشت مظاهر تعدد الجهات القضائية .

٣- دواعى إلغاء المحاكم الشرعية والمالية :

٤٠- وقد كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ -
بحق - عن دواعى إلغاء المحاكم الشرعية والمالية ، حيث قالت :

« تقضى قواعد القانون العام أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة داخل بلادها كما تقضى بأن يخضع جميع السكان على إختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة ، بصرف النظر عن نوع المسائل التى تتناولها خصوماتهم أو القوانين التى تطبق عليها .

ولكن الحال فى مصر على عكس ذلك ، فجهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أنفسهم بقيت متعددة ، وكل جهة تطبق قوانينها وتتبع إجراءاتها الخاصة بغير أن يكون هناك صلة تربطها أو هيئة عليا تشرف على قضائها رغم أن الدولة قد إستربت سلطانتها القضائية بالنسبة للأجانب ، فأصبحت للمحاكم الوطنية هى التى تقضى فى جميع

منازعاتهم حتى ما تعلق منها بأحوالهم الشخصية .

وقد ورثت مصر نظام تعدد جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية عن الماضى . فقامت المحاكم الشرعية وقام إلى جانبها القضاء الملى ، ثم تعددت جهات القضاء الملى فأصبح لكل طائفة قضاؤها الخاص وقوانينها الموضوعية الخاصة وإجراءاتها الخاصة مما أدى إلى الفوضى والإضرار بالتقاضين حيث إستتبع تعدد جهات القضاء رغبة كل جهة فى توسيع دائرة إختصاصها والإعتناء على سلطة غيرها خصوصاً مع عدم وجود حدود دقيقة أو ثابتة لإختصاص كل منها فإِن المرجع العام فى تحديد ولاية محاكم الطوائف هو أحكام الخط الهمايونى الصادر فى تركيا سنة ١٨٥٦ وأحكام بعض النظمات أو التحريرات السابقة أو اللاحقة وكلها آثار تشريعية عثمانية نفذت فى مصر ، ولم تكن هذه الآثار التشريعية فى صياغتها وتفسيرها وليدة حرص على توخى الوضوح والأحكام وإنما كانت فى حقيقتها ثمرة تجهيل إقتضته ظروف السياسة .

وقد إستتبع هذا التجهيل تنازع المحاكم فيما بينها وتعدد الأحكام التى تصدر فى النزاع الواحد وفى المتقاضين يستعدون محكمة على أخرى وظل مصير الحقوقي رهيناً بهوى الظروف يتمك فيه لدى الخصومة وهكذا تكسدت الأحكام المتناقضة بالثبات تلتمس مخرجاً إلى التنفيذ ولا مخرج .

وكان من الطبيعى بعد أن ألغيت الإمتيازات التى كان يتمتع بها بعض رعايا الدول الأجنبية وبعد أن أصبح هؤلاء يخضعون لنظم التقاضى العادية أمام المحاكم الوطنية - ألا يبقى فى البلاد أى أثر لنظام إستثنائى يحد من سلطان الحكومة وسيادتها بالنسبة لبعض الوطنيين .

وإنه من الشذوذ بمكان أن يظل الوطنيون من المنتمين إلى الطوائف المالية غير الإسلامية محتفظين بإستثناءات قضائية فى كثير من الحالات عنواناً على الفوضى وعدم النظم .

والحق أن قضاء الأحوال الشخصية القائم الآن (١) يقصر عن الإستجابة لمطالب المتقاضين .

(١) أى الذى كان قائماً وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية ، وهو القانون الذى عرف بقانون توحيد القضاء .

وليس يتفق مع السيادة القومية في شيء أن تصدر أحكام في الحق
المسائل بذات الإنسان من جهات قضائية غير مستقلة ولا مختارة من
جانِب الحكومة أو أن تكون تلك الجهات خاضعة لهيئات أجنبية تباشر
أعمالها خارج حدود البلاد كما هو الحال بالنسبة لبعض الطوائف التي يرفع
الطعن في أحكامها إلى محكمة روما - وليس أقل من كل أولئك مساساً
بالسيادة أن يلي القضاء في بعض المجالس الطائفية أجنب لا يعرفون لغة
المتقاضين ويصدرون أحكامهم بين المصريين بلغة غير لغتهم .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، فقد إستفاضت الشكوى من رجال
قضاء الأحوال الشخصية ، وندد بها المتقاضون منوهين بوجه خاص
بإنتفاء الحد الأدنى من عوامل التيسير وضمانات التقاضى . فللطوائف غير
الإسلامية أربعة عشر مجلساً بعضها لا ينعقد للقضاء إلا في فترات
متباعدة أو في أمكنة بعيدة عن محل إقامة المتقاضين - وفي ذلك من العنت
والإرهاق مما يجعل التقاضى عسيراً على بعض الناس والقواعد الموضوعية
التي طبقها أكثر للمجالس فيما يطرح عليها من الأفضية غير مدونة وليس
من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين وهي مبعثرة في مظانها بين
متون الكتب السماوية ، وشرح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال
الكنهوت مبعثرة في كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية
أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين .

والقواعد المتعلقة بتشكيل المحاكم الطائفية وإجراءات الترافع ونظر
الدعوى وتحرير الأحكام وطرق الطعن فيها لا تنتظمها وحدة ، ولا يتوافر
لها الإستقرار ونفقات التقاضى لا تنتهج فيها المجالس منهجاً واحداً ، بل أن
الكثير منها ليس له نظام ما في هذا الشأن - وليس لأكثر هذه المجالس
أقلام كتاب منظمة تعينها على أداء مهمتها ، وما من شك في أن تلك الحالة
تدعو إلى تزعزع الثقة بأحكام القضاء من المتقاضين .

أمام هذا الموقف الذي يكتنفه الشنود من كل جانب وأمام تلك الفوضى
التي إستطلحت آثارها تعددت محاولات الإصلاح في الماضي ، رغم أنها كانت
جزئية ومحدودة ، إلا أنه لم يكتب لها النجاح بسبب ما قام وقتئذ من عقبات

-وبقيت هذه الحالة إلى اليوم - وليس لها من ضحايا إلا المتقاضون أنفسهم وسيادة البلاد .

ولما كانت الثورة قد قامت لتحقيق أهداف البلاد فى الإصلاح والقضاء على الفساد فى شتى نواحيه ، فإن العقوبات المتقدمة ما كانت لترد الحكومة عن أداء واجباتها وإقامة صرح القضاء وهى مطالبة بتوفير سبل التقاضى لجميع رعاياها دون تفریق أو تمييز ، ولهم قبلها ما يقتضيها للنهوض بأعباء الإصلاح ولو لم يصانف هوى البعض - وليس لحكومة أن تسلم بوجود هيئات قضائية داخل الدولة تملى عليها إرادتها أو تناهض سياسة الإصلاح فيها أو تتحكم فى طرق الإصلاح .

لذلك رأت الحكومة لزماً عليها إزاء ما هو مشهود من عيوب نظام القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية أن تعالج الأمر علاجاً يحسم أسباب الشكوى ، ويبسط ظل الإصلاح بتوحيد نظام القضاء والمحافظة على الحقوق وصيانتها وتوزيع العدالة توزيعاً يظفر بثقة المتقاضين ، ويضع حداً للحالة المتقدمة وهى تمس الإنسان فى أدق المشاعر ، والعائلات فى أدق العلاقات ، وتؤثر فى أخلاق الأفراد والألفة الاجتماعية .

من أجل ذلك عنيت الحكومة بوضع للمشروع الحالى لتنظيم الإختصاص القضائى فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين على نحو يكفل توحيد جهة القضاء بالنسبة لهم جميعاً ، يجعل هذه المنازعات من إختصاص القضاء الوطنى - كما أن المشروع يكفل إحترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك أى إخلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى تطبيق شريعة كل منهم .. (١) .

إن ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى شأن نواعى وأسباب إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المللية ، توحيداً للقضاء ، فى غنى عن كل تعليق أو تعقيب ، وهى - من بعد - من الموضوع بحيث لا تحتاج إلى مزيد .

(١) للمذكرة الإيضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن توحيد القضاء .

الباب الثالث

قضاء الأحوال الشخصية في الإقليم المصرى

٤١- قلنا أن تعدد جهات الأحوال الشخصية في مصر ، وإنفصال أحكام الأحوال الشخصية فيها عن المجموعة المدنية كان طابعاً قديماً لم يصانف مثيلاً له في بلد من بلدان العالم المتحضر ، وقد كان المسبب في ذلك كله راجعاً إلى الإمتيازات الأجنبية التي كانت تكبل المشرع بقيد ثقيل ، وتجهت على صدور المواطنين بما ميزت به الأجنبي ، ومن ثم فقد نشأت عن هذه الجهات المتعددة عيوب ومخاطر حملت للمتقاضين على الشكوى .

فلما ألغيت الإمتيازات الأجنبية ، ثم للحاكم القنصلية والمختلطة ، وتلاشت معها فكرة الصالح المختلط Interet mixte - وأل إلى المحاكم المدنية الفصل في منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب (٨٥٩٠ مرافعات) ، وكان تعدد جهات الأحوال الشخصية بين المصريين ما زال أمراً شائناً ينتقص من سيادة الدولة ، وهي حالة إقتضت علاجاً ناجحاً يخفف عبء التقاضى على جمهور المتقاضين الذين كانوا يضجون بالشكوى من عيوب هذه الجهات .

فلما آلت إلى الشعب مقدراته ببرزوغ ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ الخالدة ، وكان من بين أهدافها الإصلاح الداخلى الذى يشمل حتماً إصلاح مرفق القضاء والمحاكم ، أصبح للمتقاضين يتطلعون إلى الثورة كي تحقق لهم أحلامهم حيال جهات الأحوال الشخصية للتعددية ، فصدرت القوانين ٤٦٢ و ٤٦١ و ٦٢٤ و ٦٢٥ و ٦٢٦ و ٦٢٨ و ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن إلغاء جهات الأحوال الشخصية للمصريين (مسلمين وغير مسلمين) وعقد الإختصاص بالمنازعات الناشئة عن الأحوال الشخصية لنوائر بالمحاكم المدنية ، وتبين إجراءات المرافعات أمامها ، سواء بالإحالة إلى أحكام قانون المرافعات المدنية أو بالإبقاء على بعض نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) ، ويشأن رجال القضاء

الشرعى وأعان القضاء (الحامين والخبراء) والتوثيق .

٤٢- نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ - المعدل
بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بنظام القضاء - على أنه :
يستبدل بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩
النص الأتى :

« تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات فى المواد المدنية والتجارية
والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه وجميع الجرائم إلا ما استثنى
بنص خاص » .

وكان نص المادة ١٢ من القانون ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ يقصر إختصاص
المحاكم الوطنية فى مسائل الأحوال الشخصية على غير المصريين .
وردت المادة ١٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٤
حكم المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ المستحدثة ،
وأكدته المادة المقابلة فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

وجاء القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم
الملية وبإحالة الدعاوى التى تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية -
فنصت المادة الأولى منه على أنه « تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية
إبتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١
ديسمبر سنة ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لإستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام
قانون المرافعات وينون رسوم جديدة مع مراعاة القواعد الآتية (١) .

وتنضى المادة الثالثة من هذا القانون المذكور بأن ترفع الدعاوى التى

(١) وحاصل قواعد المرافعات ما نصت عليه المادة الثانية من قانون المرافعات رقم ١٢
لسنة ١٩٦٨ (المقابلة للمادة الرابعة من إصدار قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة
١٩٤٩) أن على المحاكم أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما لديها من
دعاوى أصبحت من إختصاص محاكم أخرى بالحالة التى تكون عليها وفى حالة
غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور فى
الواعيد العانية أمام المحكمة التى لحيلت إليها الدعوى - ولا تسرى هذه القواعد
على الدعاوى التى تكون عند العمل بالقانون الجديد مؤجلة للنطق بالحكم ولو كان
مصرحاً بتقديم منكرات فلذا أعيدت للمرافعة وجبت إحالتها إلى المحكمة المختصة .

كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو التي كانت من إختصاص المجالس
الملية إلى المحاكم الوطنية إبتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ .

تشكيل دوائر الأحوال الشخصية :

٤٣- نصت المادة الرابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه على
أنه :

« تشكل بالمحاكم الوطنية دوائر جزئية ، وإبتدائية ، وإستئنافية وفقاً لما
هو منصوص عليه في قانون نظام القضاء - لنظر قضايا الأحوال
الشخصية والوقف التي كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس
الملية - وتصدر الأحكام من محكمة النقض في القضايا المذكورة من دوائر
الأحوال الشخصية ويلحق رئيس المحكمة العليا الشرعية عضواً بها ،

وتصدر الأحكام من محاكم الإستئناف في القضايا المذكورة من ثلاث
مستشارين يجوز أن يكون أحدهم من رجال القضاء الشرعي للمعنيين في
القضاء الوطني بمقتضى هذا القانون ، ويكون في درجة نائب أو عضو
بالمحكمة العليا الشرعية أو من في درجته .

وتصدر الأحكام في المحاكم الإبتدائية من ثلاثة قضاة يجوز أن يكون
أحدهم أو اثنان منهم من درجة رئيس أو نائب أو قاض من قضاة المحاكم
الشرعية للمعنيين في القضاء الوطني بموجب هذا القانون .

ويجوز أن يتولى رئاسة المحكمة الجزئية عند نظر قضايا الأحوال
الشخصية قاض من قضاة المحاكم الوطنية أو أحد القضاة من رجال القضاء
الشرعي المعنيين في القضاء الوطني بمقتضى هذا القانون (١) .

القانون الواجب التطبيق في إجراءات الأحوال الشخصية :

٤٤- ونصت المادة ٥ من قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥
على أنه :

(١) لقد قرر مشروع القانون نقل رجال القضاء الشرعي على إختلاف درجاتهم إلى
القضاء الوطني في الدرجات المماثلة ، كما تتضمن إشتراكهم في القضاء في
درجاتهم جميعاً (المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) .

• تتبع لحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف والتي كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المللية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها .

فهذه المادة قد حددت بجلاء القانون الواجب التطبيق فى مسائل الإجراءات فاعتبرت قانون المرافعات الأصل العام الذى يتبع فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف والتي كانت تختص أصلاً بنظرها المحاكم الشرعية أو المجالس المللية ، فهو الذى يتبع دون غيره فى إجراءات رفع الدعوى والإختصاص ، وتقدير قيمة الدعوى ، وقيدتها ، والحضور والغياب ، وتدخل النيابة ، وإجراءات الجلسات ، ونظامها والدفع ، وإختصاص الغير ، وإخلال ضامن ، والطلبات العارضة ، والتدخل ، ووقف الخصومة ، وإنقطاعها ، وسقوطها ، وإنقضائها بمضى المدة ، وتركها ، وعدم صلاحية القضية وردهم وتنحياتهم ، والأحكام وإسنادها وتصحيحها وتفسيرها ، وطرق الطعن غير العادية (كالتماس إعادة النظر والنقض) .. وما إلى ذلك مما لم تعد هناك نصوص فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) تنظمه .

أما إذا كانت هناك نصوص فى اللائحة الشرعية لم يتناولها الإلغاء بموجب نص المادة ١٢ من قانون توحيد جهات القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . فإنها تكون القانون الواجب التطبيق ، ذلك أن اللائحة الشرعية فى هذا الصدد تعد أصول المرافعات الشرعية بالنسبة لإجراءات الأحوال الشخصية ، ذلك أن النصوص الشرعية الإجرائية الباقية قد قصد بها - كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون توحيد القضاء بحق - تيسير الإجراءات فى هذا النوع من القضايا ، ولذلك رأى من الخير الإبقاء عليها .

قواعد الإجراءات الملغاة من اللائحة الشرعية والتي يرجع فى شأنها إلى قانون المرافعات :

٤٥- ويستفاد من نص المادة ١٢ من قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أنه ألغيت من اللائحة الشرعية المصادر بها المرسوم بقانون

رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، الأحكام التالية :

(١) ما يتعلق بترتيب المحاكم الشرعية ، والتي كانت تنظمها المادة الأولى من اللائحة الشرعية .

(٢) ما يتعلق بتشكيل المحاكم الشرعية ، والتي كانت تبينها المادتان الثانية والثالثة من اللائحة الشرعية .

(٣) ما تعلق بتحديد نواثر إختصاص المحاكم الشرعية ، التي كانت تحدها المادة الرابعة من اللائحة الشرعية .

(٤) ما يتعلق بإنتخاب القضاة الشرعيين وتعيينهم وندهم ، والتي كانت تنظمها أحكام المواد من ١١ إلى ١٩ من اللائحة الشرعية .

(٥) ما تعلق بنظر الدعوى أمام أكثر من محكمة سواء اكان ذلك بناء على حق أو بناء على خيار وذلك توحيداً لجهة القضاء ، وهي الأحكام التي كانت تتناولها المواد ٢٩ و ٣٠ و ٣١ من اللائحة .

(٦) ما تعلق بإعلانات الدعوى على وجه العموم والتي كانت تتناولها المواد من ٣٢ إلى ٤٠ من اللائحة الشرعية .

(٧) ما تعلق منها بإعلانات الدعاوى ، والتي كانت تنظمها المواد من ٤٨ إلى ٥١ من اللائحة الشرعية ، ثم من المادة ٥٣ حتى ٥٧ منها .

(٨) ما تعلق منها بقيد الدعوى ، والتي كانت ترسمها المواد من ٥٨ إلى ٦٢ من اللائحة الشرعية .

(٩) ما تعلق منها بإيداع المستندات والإطلاع عليها ، والتي كانت تنص عليها المواد من ٦٣ حتى ٧٠ من اللائحة الشرعية .

(١٠) ما تعلق منها بنظام الجلسات ، والتي كانت تنص عليها المواد من ٧١ إلى ٧٣ من اللائحة الشرعية .

(١١) ما تعلق منها بحضور الخصوم أو وكلائهم ، والتي كانت تقررها المواد من ٧٤ إلى ٨١ من اللائحة الشرعية .

(١٢) ما تعلق ببعض أحكام سماع الدعوى ، والتي كانت تنص عليها

- المواد من ٨٢ إلى ٩٧ من اللائحة الشرعية .
- (١٣) ما تعلق منها بدفع الدعوى قبل الجواب عنها والتي كانت تنص عليها المواد من ١٠٠ إلى ١٠٤ من اللائحة الشرعية .
- (١٤) ما تعلق منها بالجواب عن الدعوى ، والتي كانت تنص عليها المواد من ١٠٥ إلى ١١٢ من اللائحة الشرعية .
- (١٥) ما تعلق منها بدخول خصم ثالث في الدعوى ، والتي كانت تنص عليها المادتان ١١٣ و ١١٤ من اللائحة الشرعية .
- (١٦) ما تعلق منها بإستجواب الخصوم أنفسهم ، والتي كانت تنص عليها المواد من ١١٥ إلى ١٢٢ من اللائحة الشرعية .
- (١٧) ما تعلق منها بالأدلة : والتي كانت تنص عليها المادة ١٢٣ من اللائحة الشرعية .
- (١٨) ما تعلق منها بالإقرار ، والتي كانت تتناولها المواد من ١٢٤ حتى ١٢٩ من اللائحة الشرعية .
- (١٩) ما تعلق منها بالأدلة الخطية ، والتي كانت تنص عليها المواد من ١٣٠ حتى ١٣٦ ثم المادة ١٣٨ من اللائحة الشرعية .
- (٢٠) ما تعلق منها بالطعن في الخطوط والأوراق ، والتي نصت عليها المادة ١٣٩ من اللائحة الشرعية .
- (٢١) ما تعلق منها بإنكار الختم أو الإمضاء ، والتي كانت تنظمها المواد من ١٤٠ حتى ١٥٢ من اللائحة الشرعية .
- (٢٢) ما تعلق منها بدعوى التزوير ، والتي كانت تنظمها المواد من ١٥٤ حتى ١٧١ من اللائحة الشرعية .
- (٢٣) ما تعلق منها بالشهادة ، والتي كانت تنظمها المواد من ١٧٢ حتى ١٧٨ والمادة ١٨٠ والمواد من ١٨٢ حتى ١٩٢ من اللائحة الشرعية .
- (٢٤) ما تعلق منها بالعجز عن الإثبات ، التي كانت تنص عليها المواد من ١٩٤ و ١٩٥ و ١٩٦ من اللائحة الشرعية .

- (٢٥) ما تعلق منها باليمين والنكول ، والتي كانت تنص عليها المواد ١٩٧ حتى ٢٠٢ من اللائحة الشرعية .
- (٢٦) ما تعلق منها بإنتقال المحكمة لحل النزاع ، والتي كانت تنص عليها المواد من ٢٠٢ حتى ٢١٠ من اللائحة الشرعية .
- (٢٧) ما تعلق منها بأهل الخبرة ، والتي تناولتها المواد من ٢١١ حتى ٢٤١ من اللائحة الشرعية .
- (٢٨) ما تعلق منها بإنقطاع المرافعة والتنازل عن الدعوى ، والتي نصت عليها المواد من ٢٤٢ حتى ٢٤٨ من اللائحة الشرعية .
- (٢٩) ما تعلق منها ببرد القضاء عن الحكم ، والتي نصت عليها المواد من ٢٤٩ حتى ٢٧٢ من اللائحة الشرعية .
- (٣٠) ما تعلق منها بالأحكام (قواعد عمومية) والتي كانت تنص عليها المواد من ٢٧٢ حتى ٢٧٩ من اللائحة الشرعية .
- (٣١) ما تعلق بالعدول عن إتباع مبدأ قضاى ، والتي كانت تنص عليها المادة ٢٢٨ من اللائحة الشرعية .
- (٣٢) ما تعلق منها بإلتماس إعادة النظر ، والتي كانت تنص عليها المواد من ٢٢٩ حتى ٢٢٥ من اللائحة الشرعية .
- (٣٣) ما تعلق منها بطلب تصحيح الحكم أو تفسيره ، والتي تنص عليها المواد من ٢٣٦ حتى ٢٤٠ من اللائحة الشرعية .
- (٣٤) ما تعلق منها بالطعن فى الأحكام ممن تتعدى إليه ، والتي نصت عليها المادتان ٢٤١ و ٢٤٢ من اللائحة الشرعية .
- (٣٥) ما تعلق منها بتنفيذ الحكم على من يتعدى إليه الحكم ، والتي نصت عليها المادة ٢٤٧ من اللائحة الشرعية .
- (٣٦) ما تعلق منها بإشكالات التنفيذ ، التي نصت عليها المادتان ٣٥١ ، ٣٥٢ من اللائحة الشرعية .
- (٣٧) ما تعلق منها بالإشهادات والتسجيل ، التي نصت عليها المواد من ٣٦٢ حتى ٣٧٢ .

وما خلا تلك الأحكام فقد بقيت أحكام إجرائية هي من غير شك أصول المرافعات الشرعية التي تنقسم بسمات خاصة سواء من حيث مسمياتها أو طبيعتها الفريدة ، وسوف نتناول كلاً منها في موضعه من أبواب هذا الكتاب اللاحقة .

بقي أن نقرر أن المادة ١٣ من قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على إلغاء المادة ١٦ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ التي كانت تنص على عدم إختصاص المحاكم بنظر المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالإستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أي بحصوله في مرض الموت وبإختصاصها بالفصل في المنازعات المتعلقة بإستحقاق العين الموقوفة ووضع اليد عليها أو بغيرها إذا كانت شائعة في ملك غير موقوف ، وكذلك بالمنازعات المتعلقة بحصول الوقف إضراراً بحقوق دائني الواقف .

كما نصت تلك المادة على إلغاء ما يخالف قانون توحيد القضاء من أحكام الأمر العالي الخاص بلائحة ترتيب وإختصاص مجلس الأقطاب الأرثوذكس العمومي ، والأمر العالي بشأن الإنجيليين الوطنيين ، وقانون الأرمن بالكاثوليك ، وعموماً إلغاء القوانين والأوامر العالية والقرارات المخالفة للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن توحيد القضاء وإلغاء للمحاكم الشرعية والمحاكم المالية .

ونصت المادة ٦ من قانون التوحيد على أن الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف ومتى كانت أصلاً من إختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدثي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم (١) .

(١) ويلاحظ أنه لا فرق بين الدوائر المالية وغيرها في وجوب إتباع قواعد الإجراءات -

ونصت للمادة ٧ من القانون المذكور على أنه لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو اللغة بما يخرج أحد الخصوم من وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام ، فتطبيق للفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون (١) .

٤٦- إن مسائل الزواج والطلاق هي التي ظلت محكومة بالقواعد الدينية ، ولذلك تطبق فيها أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين(٢)، كما تطبق قواعد المسيحية واليهودية بالنسبة لكل من المسيحيين واليهود ، وقد كان هذا التعدد في الشرائع الواجبة التطبيق في

-المبينة في اللائحة الشرعية على القضايا التي تنظرها ، لأن المشرع - كما هو واضح من النص - أراد التوحيد في الإجراءات بين جميع قضايا الأحوال الشخصية سواء كانت بين مسلمين أو غيرهم (القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٦/٣ - القضية رقم ٣٧ سنة ١٩٥٦ كلى مصر) .

(١) لقد أصبح الأجانب على إختلاف جنسياتهم ، والمصريون على إختلاف عقائدهم الدينية ، يخضعون لجهة قضائية واحدة في أحوالهم الشخصية والعينية - وقد أخضع الشارع المصري الأجانب في مصر في أحوالهم الشخصية لقانون جنسيتهم وأخضع المصريين لقانون ديانتهم - وقد يكون قانون جنسية الأجنبي هو قانون ديانتهم مسجلاً في وضع تشريعي محدد ، وقد يكون هذا القانون عبارة عن مجموعة من التقاليد والأوضاع للرعية في بلد الأجنبي وبهذا تختلف قوانين الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب إختلافاً بيناً تبعاً لإختلاف جنسيتهم ، وقد تختلف جنسية الزوجين أو طرفي الحالة للطروحة - وكما تختلف قوانين الأحوال الشخصية للأجانب تختلف كذلك قوانين الأحوال الشخصية ، لعدم وجود قانون إقليمي واحد ينظم الأحوال الشخصية لجميع المصريين لإختلاف ديانتهم ، لهذا ورد النص على أن القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية للمصريين هو قانون شريعتهم (منازعات الأحوال الشخصية - مقال - للأستاذ نصيف زكي - المحاماة- السنة ٩ - ص١٤٠٧ وص١٤٠٨ وما بعدها) ويراجع في هذا الشأن : المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضي أنور العمروسي - المرجع السابق - ص٦٩ ، للقصور بالأحوال الشخصية - للمستشار أحمد خويرت - مجلة القضاء - العدد ٨ - ٦١ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٢ - مجموعة للكتب الفني - السنة ١٤ - مدني وأحوال - ص ٣٢ .

مسائل الأحوال الشخصية يقترن حتى وقت قريب بتعدد الجهات القضائية التي تتولى تطبيق القواعد الدينية على منازعات الأحوال الشخصية، ولم يقض على هذا التعدد إلا صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي ألغى جهات القضاء المالية لغير المسلمين كما ألغى المحاكم الشرعية وأضاف كل اختصاصاتها إلى المحاكم المدنية (١) .

(١) المقصود بالأحوال الشخصية - للمستشار أحمد خيرت - المرجع السابق -
ص ٧٢ .

الباب الرابع

السمات المميزة والقواعد الأساسية

لمشروع قانون إجراءات التقاضى

فى مسائل الأحوال الشخصية

تصدير :

أحكام إجراءات الأحوال الشخصية واردة إما فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ أو فى لائحة التنفيذ الصادرة فى ١٩٠٧/٤/٤ وفى قانون المرافعات المدنية والتجارية (الكتاب الرابع) .

ورغبة فى توحيد الإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية ، فقد أعد هذا المشروع بقانون . بحيث تسرى أحكام هذا القانون الجديد على إجراءات التقاضى فى جميع مسائل الأحوال الشخصية . وتطبق قواعد قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص فى هذا القانون (م من إصداره) .

القوانين التى نص القانون على إلغائها :

ووصولاً إلى تحقيق هدف توحيد إجراءات التقاضى فقد نص القانون الجديد فى المادة الثانية من إصداره على إلغاء المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بإصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وعلى إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، ولائحة تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة عام ١٩٠٧ ، وإلغاء القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والملية ، والقانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف . وعلى إلغاء القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات وعلى إلغاء كل نص يخالف أحكام هذا القانون الجديد .

العمل بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة :

تقضى المادة الثالثة من الإصدار بأن الأحكام تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الجديد ، وعلى أن يعمل بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فيما لم يرد بشأنه نص .

صدور الأحكام بالنسبة لغير المسلمين :

ونصت المادة الرابعة من قانون الإصدار على أنه بالنسبة للأحوال الشخصية لغير المسلمين متحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات ملية منظمة فى ١٩٥٥/٩/٢٤ ، فإن الأحكام تصدر - فى نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم .

ولا يؤثر تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم من وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى ، إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام ، فعندئذ تسرى الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على المسلمين .

حكم وقتى فى شأن الاختصاص :

نصت المادة الخامسة من الإصدار على حكم وقتى مفاده قيام المحاكم بأن تميل من تلقاء نفسها ويدون رسوم - ما يوجد أمامها من دعاوى أصبحت من إختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون ، وذلك بالحالة التى تكون عليها . وفى حالة غياب أحد الخصوم يقوم قلم الكتاب بإعلان أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى .

ولا تسرى الأحكام المتقدمة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم فيها ، فتبقى خاضعة للنصوص القديمة .

قرارات وزير العدل :

نصت المادة السادسة من الإصدار على أن لوزير العدل أن يصدر لائحة بتنظيم شئون المأذنين وأعمالهم وما يلحق بهذه اللائحة من نماذج للوثائق اللازمة لأداء هذه كما يصدر جميع القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

**شرح القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠^(١)
بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات
التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية
المعدل بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠^(٢)**

مقدمة :

كانت وزارة العدل قد أعدت مشروع قانون بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، طرحته على رجال القضاء بكتاب أرسلته إلى كل منهم إدارة التشريع لدراسته وموافقة السيد/ المستشار دكتور محمد فتحي نجيب مساعد وزير العدل بما يبدى بشأنه من آراء وملاحظات ، وكان ذلك في ١٩٩٦/١٢/٢٩ .

ثم طرح المشروع على المحافل الدينية والشرعية على أعلى مستوياتها ، ثم أمر السيد/ رئيس الجمهورية بعرض المشروع على مجلس الشعب والشورى ، وطرحه للمناقشة بعد إدخال تعديلات جوهرية .

ثم صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

**الاحكام الجديدة التي جاء بها القانون
رقم ١ لسنة ٢٠٠٠**

أولاً - الخلع :

ورد الخلع في نصوص القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في المواد التالية :

١- ما نصت عليه المادة ١٥ من الفصل الثاني من الباب الثاني في شأن الاختصاص في فقرتها الرابعة بقولها : (... ومع ذلك يتحدد الاختصاص

(١) نشر بالجريدة الرسمية - في ١٩٩٦/١٢/٢٩ - العدد ٤ مكرراً ، ويعمل به بعد شهر من اليوم التالي لنشره (م) .

(٢) تنظر نصوص هذا القانون كاملة ضمن ملاحق القسم الثالث من هذه الموسوعة .

المحلى بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتى :

١- ...

(١) - ...

(ب) - ...

(ج) - التطليق والخلع والإبراء بين الزوجين بجميع أسبابها
(الشرعية ...)

٢- ما نصت عليه المادة ٢٠ من الفصل الأول (فى مسائل الولاية على
النفس) من الباب الثالث (رفع الدعوى ونظرها) - حيث تقول :

(للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه
وأقامت الزوجة دعواها بطله ، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن
جميع حقوقها المالية الشرعية ، وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها حكمت
الحكمة بتطليقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين
الزوجين ، وندها محكمين لموالة مساعى الصلح بينهما ، خلال مدة لا
تجاوز ثلاثة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٨
والفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٩ من هذا القانون . ويعد أن تقرر
الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة
الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض .

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أى
حق من حقوقهم .

ويقع الخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن . ويكون الحكم فى جميع
الأحوال غير قابل للطعن عليه بأى طرق الطعن) .

فما هو الخلع إذن ؟

الخلع - فى اللغة - الإزالة . تقول العرب : خلع الرجل زوجته خَلْعاً -
بضم الخاء - أى أنهى عهدها نظير عوض منها أو من غيرها .

والخلع - فقهاً - اختلف الفقهاء فى صيغته بحسب خلافهم فى

العوض عنه ، وعن تمامه بالتراضى أو بقضاء القاضى .

فعرّف الحنفية بأنه حل رابطة الزوجية بلفظ (الخلع) أو ما فى معناه نظير عوض . وما فى معناه - عندهم - (كالإبراء والإفتاء) . والعوض بأخذ الزوج ، فإن تجرد التصرف من مقابلته بالعوض ، كان لفظاً من كتابات الطلاق يقع بآثنا عندهم دون توقف على قبولها إذ قال إنه ينوى به الطلاق ، أو نلت عليه قرائن الأحوال . أما أحكام القضاء فقد جرت على أن الخلع إذا تجرد من العوض ولم ينو الزوج الطلاق ، ويقع طلاقاً رجعياً إذا نوى به الطلاق ، لأن القانون اعتبر كل طلاق رجعياً إلا ما نص على كونه بآثنا وليس هذا مته .

وعليه فإن الحنفية يشترطون العوض لاعتباره خلعاً ، وإن يكون متوقفاً على اتفاق الزوجين ، إذ الخلع ليس من الاسقاطات للمحضة عند الحنفية ، وإنما فيه معاوضة .

وعلى ذلك إذا قال الزوج لزوجته : خالعتك نظير كذا . أو قالت الزوجة لزوجها : اختلعت نفسى منك نظير كذا ، ولم يصدر من الزوج فى المجلس ما يدل على القبول ، فإن الإيجاب يتلاشى ، ولا يترك أثراً فلا يقع أى طلاق لانعدام الرضا بالعوض الذى علق عليه الطلاق ، ولا يستحق ما افتدت نفسها به لعدم قبوله الفرقة التى جعلتها نظير هذا العوض .

والخلع وإن كانت المعاوضة فيه واضحة إلا أن أبا حنيفة أعطاه حكم اليمين من جانب الزوج .

أما الصحابان فيريان بأن الخلع من جانب كل منهما يعين ، وعلى هذا فلا يجوز لكل منهما الرجوع ولا اشتراط خيار الشرط ، ويصح لكل منهما أن يعلق الإيجاب أو يضيفه .

وقد رجح فقهاء المذهب ، ما قاله الإمام أبو حنيفة فى هذا .

ويجوز القضاء على ما اتجه إليه الإمام من أن الزوج لا يملك الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة . أما هى فلها ذلك إذ الخلع يعين من جانب الزوج ومعاوضة فيها شبهة التبرع من جانب الزوجة .

أما المالكية فقالوا إن الخلع قد يكون بعوض أو بغير عوض ، ويكون

بناءً على طلب أحد الزوجين ، ويكون بالتراضي وإلا أنه يتم بقضاء القاضى.

وطلب الخلع دون سبب مكروه فلا يحل للزوجة ذلك ، إذ لا بد من سبب يبرر طلبه ولو كان نفسياً ، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام : «أئماً امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة» . وجاء فى فتح البارى : إنه مكروه ، إلا فى حال مخافة ألا يقيما هما أو واحد منهما حدود الله فى المعاشرة . وقد ينشأ ذلك عن كراهة العشرة أما لسوء خلق أو دمامة فى الشكل .. لكن هل لا بد أن يكون السبب منهما أم من جهتها وحدها أو من أليهما .

يرى ابن حزم أن السبب ينبغي أن يكون من جهتها هى ، وأنه لا أثر للخلع إذا كان غير ذلك ، لأنه غير مشروع ، وغير المشروع عنده لا ينفذ .

أما جمهور الفقهاء فيجيزونه بالتراضي ، سواء أكان النشوز من جانب الزوج لم من جانب الزوجة أم من جانبهما معاً ، ويترتب عليه أثره وإن كان يحرم عليه نيابة لخذ العوض إن كان النشوز من جانبه وحده .

وقال المالكية : إذا ادعت بعد الخلع أن بالزوج عيباً كان يجيز لها طلب التفريق ، أو كان يضارها الضرر الذى يجيز لها التطليق وأثبتت ذلك فإن الزوج يرد ما خالعهما به وبانت منه .

أما الحنفية فإنهم يرون ذلك نيابة لا قضاء ، إذ نصوا على أنه لو أمسكها إضراراً لها ليقطع مالها فى مقابلة خلاصتها من الشدة حرم عليه ذلك ، إلا أنه لو أخذ منها العوض جاز فى الحكم وإن كان السبب خبيثاً .

أما المنذر والشعبي وطاوس وجماعة من التابعين أن الخلع لا يجوز حتى يقع الشقاق منهما معاً ، لأن هذا هو الذى يتفق مع ظاهر النص فى قوله تعالى : «فإن خفتم ألا يقيما حدود الله ...» ، فقيدهم فى الجناح فى حالة خوف الزوجين من عدم إقامة حدود الله .

وينبغى إذا ما طلبت من زوجها مخالعتها أن يعظها بالمعروف ، ويراجعها فى ذلك ، ويناشدها الإبقاء على الحياة الزوجية . فإذا أصرت كان من حقهما أن يتخالعا بنفسيهما دون حاجة إلى تدخل القضاء لأنه بمنزلة

الطلاق على مال ، كما أنه قطع عقد بالتراضى ومعاوضة ، ولعموم الآيات ، وما أثر عن جمهور الصحابة .

ومن ناحية قدر العوض فإن الملكية والشافعية والظاهرية والجعفرية يرون أن ذلك مرده إلى ما يتفق عليه الزوجان دون ارتباط بما أنفق من أجلها ، لقوله سبحانه وتعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » . فالآية لا تقيد العوض .

ثانياً - منازعات السفر :

كان سفر الزوجة للخارج للعمل ونحوه مشروطاً بموافقة الزوج ، وكان الزوج يتعنت - أحياناً كثيرة - فلا يصرح لزوجته بالسفر .

فكانت تلجأ إلى النيابة العامة أحياناً ، أو إلى قاضى الأمور المستعجلة أحياناً أخرى لاستصدار حكم يرخس لها فى السفر .

فلما عرض الأمر على مجلس الشعب والشورى ودارت المناقشات الطويلة حول الحق فى منع الزوجة من السفر بسبب عدم تصريح الزوج لها - صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ محدداً جهة الاختصاص بالفصل فى المنازعات حول السفر ، وكيفية طرح المنازعات .

فنصت المادة الأولى من الإصدار فى فقرتها الثانية والخامسة على ما يلى :

(يختص قاضى الأمور الوقتية بالحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية :

١- ...

٢- ...

٣- ...

٤- ...

٥- المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال نوى الشان) .

وشرحاً لذلك وأخذاً مما نصت عليه المادة ١٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المستبدلة بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ - بأنه فى الأحوال

التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر ،
يقدم عريضة بطلبه إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة ... وتكون
هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشملة على وقائع الطلب
وأسانيده ، وتعيين موطن مختار للطالب فى البلدة التى بها مقر المحكمة
وتشفع بها للمستندات المؤيدة لها .

ويجب على القاضى أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختى
العريضة ... (م ١٩٥ مرافعات) .

ويجب على قلم الكتاب تسليم الطالب للنسخة الثانية من عريضته
مكتوباً عليها صورة الأمر فى اليوم التالى لصنوره .. (م ١٩٦ مرافعات) .

ثالثاً - إلغاء الكتاب الرابع مرافعات :

نصت المادة الرابعة من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ (المادة ٢ من
المشروع) على إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية
المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (والذى كان سارى المفعول فى ظل
قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ الحالى المادة الأولى من إصداره) .

وبإلغاء الكتاب الرابع وما كان ينص عليه من إجراءات وقواعد
موضوعية ومواعيد فيما يختص بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب
والولاية على المال ، فقد انعقد الاختصاص لمحاكم الأحوال الشخصية ويطبق
فى شأنها القانون الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أو قانون المرافعات فيما لا
نص فيه فى هذا القانون (م ٥٦ فقرة ٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠)

ومؤدى إلغاء الكتاب الرابع - بالنسبة لاجراءات المرافعة والفصل فى
الدعوى المتعلقة بالأحوال الشخصية مصريين وأجانب ، أخذاً بنصوص
القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الجديد :

١- فى رفع الدعوى - ترفع بصحيفة - بعد أن كانت بطلب (م ١٦ ق ١
لسنة ٢٠٠٠) - طبقاً للقواعد التى نصت عليها المادة ٦٢ مرافعات .

٢- طرق الطعن فى الأحكام والقرارات - حددتها المادة ١/٥٦ من

القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ فى : الاستئناف - والالتماس - والنقض - واستبعد طريق الطعن بالمعارضة .

٣- مواعيد الطعن - صارت مواعيد الطعن بالاستئناف أربعون يوماً وفقاً لقانون المرافعات المادة ٢٢٧ (بعد أن كان ميعاده ١٥ يوماً فى نصوص القانون الملغى) . و ١٥ يوماً فى المواد المستعجلة و ٦٠ يوماً للنائب العام - ومواعيد الالتماس ٤٠ يوماً وفقاً للمادة ٢٤٢. مرافعات بعد أن كان عشرة أيام فى القانون الملغى . أما ميعاد النقض فهو ٦٠ يوماً - ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذى يرفعه النائب العام لمصلحة القانون (٢٥٢م) مرافعات) .

٤- ترفع الطعون بصحيفة بعد أن كانت بتقرير فى القانون الملغى .

٥- ميعاد الاستئناف ٦٠ يوماً لمن لا موطن له فى مصر دون إضافة ميعاد مسافة (٦١م ق١ لسنة ٢٠٠٠) - أما المعارضة فقد ألغى نظامها .

٦- يختص قاضى الأمور الوقتية بالحكمة الابتدائية دون غيره باصدار امر على عريضة فى ... التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم اعطاء شهادة مسببة للامتناع سواء للمصريين أو الأجانب (١م ق١ لسنة ٢٠٠٠) - وقد كان هذا التظلم فى ظل القانون الملغى - يتم بطريق الدعوى .

٧- ترتب على إلغاء الكتاب الرابع سالف الذكر إلغاء أحكام (التبنى) التى كان ينظمها ، وذلك لمخالفة هذا النظام لمبادئ النظام العام .

٨- نعالى النفقات معفاة من كافة الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى ، وكذلك ما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها (٢/٣م ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

٩- لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو بالتطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض . فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى ، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن . وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تصديق جلسة لتنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن

قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه . وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن .

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل في الموضوع (م ٦٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

وقبل صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ كان المانون يعتد فقط بصدور حكم انتهائى بالتطليق (من محكمة الاستئناف) ليعقد زواج المطلقه على زوج آخر بعد انقضاء عدتها ، فى وقت يكون فيه الزوج الأول قد طعن فى حكم التطليق بطريق النقض ، وتثور المشكلة حين يقضى بنقض حكم التطليق ، فى وقت تكون المطلقه فيه قد أنجبت من زوجها الجديد ... !!

فعالج القانون الجديد بنصه سالف الذكر هذه المشكلة واستلزم أن يكون حكم التطليق باتاً .

١٠- نص القانون الجديد على استحداث نظام التأمين على الأسرة ، من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقدير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأئارب ، يتولى الاشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى .

ويصدر بقواعد هذا النظام واجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات (م ٧١ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

١١- لا يوقف الاشكال تنفيذ احكام النفقات بجميع انواعها (م ٧٨ و ٧٧ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

١٢- للنياية العامة أن تطعن بالاستئناف فى جميع الأحوال فى الأحكام والقرارات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها ، ويتبع فى الطعن الأحكام للنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية . (م ٥٧ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

١٣- الطلبات الجديدة فى الاستئناف - تقضى المادة ٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .

ومع ذلك يجوز مع بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو
الاضافة إليها ، كما يجوز ابداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة
للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئية .

وفى الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلاً مناسباً
للرد على الأسباب أو الطلبات الجديدة .

وقد كان قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ينص
فى المادة ٢٢٥ فقرة أولى على عدم قبول للطلبات الجديدة فى الاستئناف ،
وعلى أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها .

ثم نصت فى الفقرة الثانية على أنه- مع ذلك - يجوز أن يضاف إلى
الطلب الأصلى الأجور والفوائد والمرتبات . وسائر الملحقات التى تستحق
بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من
التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات .

وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حالة تغيير سببه
والاضافة إليه .

وبهذا يكون القانون الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد استحدث حكماً
جديداً يرخص للمستأنف أن يضيف إلى طلباته طلبات جديدة يتدارك بها
ما فاتته فيما ابداه أمام محكمة أول درجة من طلبات إذا كان هو المدعى
أصلاً ، حاسماً بهذا النص الجديد الذى جرى به الفقه حول قبول الطلبات
الجديدة فى الاستئناف .

١٤- واستحدث القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ حكماً جديداً يميز لمحكمة
الاستئناف أن تصدر حكماً مؤقتاً واجب النفاذ بشأن رؤية الصغير أو
بتقرير نفقة أو بتعديل النفقة التى قضى بها الحكم المستأنف بالزيادة أو
بالنقصان حتى تصدر حكمها النهائى فى استئناف الحكم القطعى وفقاً لما
نص عليه فى المادة ١٠ (٥٩م) .

التعليق على باقى مواد القانون

رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

أولاً - تسرى أحكام القانون ٢٠٠٠ على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف . ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى إدارة وتصفية التركات .

ومؤدى نص المادة الأولى أن القانون الواجب التطبيق فى شأن إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف - هو القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وبالنسبة لإدارة وتصفية التركة فتطبق فى شأنها أحكام القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بصفة أصلية وأساسية ، ويطبق فى شأنها أيضاً أحكام قانون المرافعات وقانون الإثبات والقانون المدنى فيما لا نص عليها فى القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

ثانياً - ويختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره - طبقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ - بإصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية :

١- التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم إعطاء شهادة مسببة للامتناع ، سواء للمصريين أو الأجانب .

٢- مد ميعاد جرد التركة بقدر ما يلزم لإجراء الجرد إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعاداً له .

٣- اتخاذ ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات التى لا يوجد فيها عديم أهلية أو ناقصها أو غائب .

٤- الإذن للنياحة العامة فى نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه من أموال عديمى الأهلية أو ناقصيها والغائبين إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين .

٥- المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن .

وقد تناولنا بالتعليق المنازعات حول السفر للخارج ، وباقي المنازعات التى نصت عليها المادة فهى ظاهرة ، وإنها جميعاً يصدر فيها أمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية بالحكمة الابتدائية دون غيره ، ولا حاجة لرفع دعوى بطلبها كما كان الحال فى الكتاب الرابع الملغى .

ثالثاً - فى احالة الدعوى إلى المحكمة المختصة - فقد جاء نص المادة الثانية من الإصدار بأن تحيل المحاكم من تلقاء نفسها ويدون رسوم الدعاوى التى أصبحت بمقتضى القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ من اختصاص مجاكم أخرى ، بالحالة التى هى عليها ، وتكليف قلم الكتاب باعلان أمر الاحالة إلى الغائب من الخصوم وتكليفه بالحضور أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى .

أما الدعاوى المحكوم فيها ، أو المؤجلة للنطق بالحكم فيها فتبقى خاضعة للنصوص السارية قبل صدور القانون الجديد (١ لسنة ٢٠٠٠) . وقد جاء هذا النص مستقفاً مع نص المادة ٢ من إصدار قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ .

رابعاً - صدور الأحكام - تصدر الأحكام - وفقاً لنص المادة الثالثة من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ، طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة .

وهذا النص يحاكى ما كانت تقضى به المادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى ألغاهما القانون الجديد (م٤ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الأحكام تصدر فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين متحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام .

خامساً - النصوص الملغاة - وقد نصت المادة الرابعة من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على إلغاء القوانين واللوائح التالية :

١- المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - ما بقى فيها من نصوص كانت سارية) .

٢- الكتاب الرابع مراتع المضاف للقانون السابق ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

٣- من قوانين توحيد جهات القضاء : القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والقانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

٤- القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الخاص بالنفقة .

٥- لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧ .

كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

سادساً - تنفيذ القانون الجديد ، وتنظيم شئون وأعمال المأذونين والموثقين - نصت المادة الخامسة من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون الجديد ، ولوائح تنظيم شئون المأذونين والموثقين وأعمالهم ونماذج الوثائق اللازمة لهذه الأعمال .

سابعاً - العمل بالقانون الجديد - حددت المادة السادسة من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ موعد العمل بهذا القانون بأنه يعمل به بعد شهر من اليوم التالي لنشره .

وقد نشر في الجريدة الرسمية في ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ - العدد ٤ مكبر .

ثامناً - حساب المواعيد الاجرائية - تنص المادة الأولى من القانون الجديد على أن تحسب المدد والمواعيد الاجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي .

وقد جاء ذلك متسقاً مع ما اتجه إليه المشرع في مختلف القوانين - وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة ٢/٤٤ من القانون المدنى (رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨) .

تاسعاً - أهلية التقاضى - حددت المادة الثانية من القانون ١ لسنة

٢٠٠٠ أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية بخمس عشرة سنة ميلادية كاملة مع التمتع بالقوى العقلية .

وينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها ممثله القانونى وفى حالة عدم وجود الممثل أو تعارض مصالحته مع من يمثلته تقبل المحكمة من تلقاء نفسها وصى خصومة أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير .

عاشرك - ونصت المادة الثالثة من القانون الجديد على عدم لزوم توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية التى تقدم للمحكمة الجزئية والمحكمة - عند الضرورة - ندب محام للدفاع عن المدعى ويحدد الحكم الذى يصدر أتعاب المحامى المنتدب وتحملها الخزنة العامة ، دون إخلال بالتزام مجالس النقابات الفرعية بتقديم المساعدات القضائية على النحو المنصوص عليه فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٢ بشأن إصدار قانون المحاماة .

حادى عشر - تعفى دعاوى النفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى (م/٢ ق/١ لسنة ٢٠٠٠) .

ثانى عشر - حسن سير العدالة وندب أخصائى اجتماعى - نصت المادة الرابعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للمحكمة تهمرة الخصوم بما يتطلبه حسن سير العدالة . ولها ندب أخصائى اجتماعى فى الدعوى وهذا النص مستحدث فى مسائل الأحوال الشخصية .

ثالث عشر - نظر دعاوى الأحوال الشخصية فى جلسة سرية - نصت المادة الخامسة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للمحكمة نظر قضايا الأحوال الشخصية فى جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب ، على أن ينطق بالحكم فى جلسة علنية .

رابع عشر - تدخل النيابة فى دعاوى الأحوال الشخصية - والوقف - ورفعها - نصت المادة السادسة على حق النيابة العامة فى رفع دعاوى الأحوال الشخصية ابتداء إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب .

ويجوز لها التدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحاكم الجزئية.
ويجب أن تتدخل فى تلك الدعاوى أمام المحكمة الابتدائية ومحاكم
الاستئناف ، وإلا كان الحكم باطلاً .

خامس عشر - قبول دعوى الاقرار بالنسب والشهادة عليه - نصت
المادة السابعة على عدم قبول دعوى الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار
به بعد وفاة المورث عند الانكار إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة
جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه ، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة
هذا الادعاء .

سادس عشر - قبول دعاوى الوقف والاستحقاق والنظر والإرث -
نصت المادة الثامنة على عدم قبول دعوى الوقف وشروط الواقف أو الاقرار
بالوقف أو الاستحقاق فيه أو التصرفات الواردة عليه ما لم يكن الوقف ثابتاً
باشهاد مشهر قانوناً .

ولا يقبل - عند الانكار - دعوى الوقف أو الارث إذا رفعت بعد مضى
٣٣ سنة من وقت ثبوت الحق ، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك .
وفى حالة الحكم بعزل ناظر الوقف أو ضم ناظر آخر إليه تعين المحكمة
فى الحاليتين بحكم واجب النفاذ ناظرًا بصفة مؤقتة لحين الفصل فى
الدعوى بحكم نهائى .

الاختصاص النوعى

اختصاص المحكمة الجزئية :

تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل التالية ، ويكون حكمها قابلاً
للطعن فيه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيتها (م ٩) .

١- فى المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

أ- دعاوى ضم الصغير وحضنته وحفظه ورؤيته والانتقال به .

ب- دعاوى النفقات وما فى حكمها والأجور والمصروفات بجميع
أنواعها .

ج- دعاوى الإنان للزوجة بمباشرة حقوقها .

د- دعاوى المهر والدوطة والشبكة والجهاز . ويكون الحكم نهائياً إذا كان المطلوب لا تتجاوز ٢٠٠٠ جنيه (بمراعاة نص الفقرة ١ من المادة ٤٢ مرافعات المعدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية - فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ - العدد ٢٢ مكرر - التى لحالت عليها المادة ٩ فقرة ٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

هـ- تصحيح قيود وثائق الزواج والطلاق فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

و- توثيق ما يتفق عليه ذوى الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً .

ز- الإنان بزواج من لاولى له .

ح- تحقيق الوفاة والوراثه والوصية الواجبة ، ما لم يثر بشأنها نزاع .

٢- المسائل المتعلقة بالولاية على المال :

متى كان المطلوب حمايته لا يتجاوز ١٠٠٠٠ ج عشرة آلاف جنيه (م ، ١/٤ مرافعات معدلة التى أحالت إليها المادة ٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠ فى هذا الخصوص) :

١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدالهم .

ب- اثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله .

ج- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائى واستبداله .

د- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإنان للقاصر بتسلم أمواله وإدارتها وفقاً لأحكام القانون ، والإنان له بمزاولة التجارة وإجراء التصرفات التى يلزم للقيام بها الحصول على إنان ، وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها .

هـ- تعيين مآذون بالخصوصة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.

و- تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس أو ولى التربية وبين الوصى فيما يتعلق بالانفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به .

ز- إعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال .

ج- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها .

ط- الإذن بما يصرف لنزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها .

ك- جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقاً لأحكام القانون واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال .

ل- تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على ١٠٠٠ ج عشرة آلاف جنيه (م ١/٤٢ مرافعات للحالة عليها بالمائة ١١/٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

سابع عشر - الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بدعاوى الأحوال الشخصية - حددت المادة العاشرة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بمسائل الأحوال الشخصية فى أنه بما لا يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، وبدعاوى الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقت والتصرفات الواردة عليه .

وللمحكمة الابتدائية المختصة محلناً بنظر دعاوى التطلاق والطلاق والتفريق الجسمائى دون غيرها ، الحكم ابتدائياً فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها للزوجة أو الأولاد أو الأتارب ، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته .

وتلتزم المحكمة الابتدائية أو الجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات بأحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد .

والمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة وإجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قدرته من نفقة بالزيادة أو النقصان .

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير هذه الدعوى إلا بصور الحكم النهائي فيها .

فامن عشر - تختص المحكمة الابتدائية التي يجرى في دائرتها توثيق عقد زواج الأجانب بالحكم في الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجر على أحد طرفي العقد إذا كان القانون الواجب التطبيق يجعل الحجر سبباً لزوال أهليته للزواج ويترتب على إقامة الدعوى وقف أتمام الزواج حتى يحكم نهائياً فيها .

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفع وتعيين القيم ومراقبة أعماله والفصل في حساباته وعزله واستبداله ، والإذن للمحجور بتسليم أمواله لأدارتها وفقاً لأحكام القانون ، وسلب هذا الحق أو الحد منه ، وتعيين ماذون بالخصومة عليه ، وتقدير نفقة للمحجور عليه في ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولي النفس وولي الترتيبية وبين القيم فيما يتعلق بالانفاق على المحجور عليه (م ١١ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

تاسع عشر - قضاء المحكمة بسلب الولاية - نصت المادة ١٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا نصت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهنت بها إلى من يلي من سلبت ولايته أو أوقفت وفقاً للقانون الواجب التطبيق ثم إلى من يليه بالتتابع . فإن امتنع من عهد إليه بها بعد إخطاره على النحو المنصوص عليه في المادة ٤٠ من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأى شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية .

وتسلم الأموال في هذه الحالة للنائب المعين بوصفه مديراً مؤقتاً وذلك بعد جريها على النحو الوارد بالمادة ٤١ من هذا القانون .

وتتخذ النيابة العامة على وجه السرعة الإجراءات اللازمة لتعيين وصى على المشعول بالولاية .

عشرون - الاختصاص باعتماد الحساب - تختص المحكمة التي تنظر للمادة الأصلية بون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، أو للمقدم من المدير المؤقت والفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الحساب (م ١٣ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

حادي وعشرون - الاختصاص بالحساب وتسليم الأموال والتنفيذ - تختص المحكمة التي قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مادتي الحساب وتسليم الأموال حتى تمام الفصل فيهما .
كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة في هذا الشأن .

الاختصاص المحلي

اثنين وعشرون - يتحدد الموطن في مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد ٤٠ و ٤٢ و ٤٣ من القانون المدني (١) (م ١/١٥ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

ومراعاة أحكام المادتين ١٠ ، ١١ من هذا القانون (تنظر فيما تقدم في

(١) المادة ٤٠ مدني - الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة .

ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما .

المادة ٤٢ مدني موطن القاصر والمجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من يخوب عن هؤلاء قانوناً .

ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانى عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص النسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها .

المادة ٤٣ مدني - يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة .

والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال بون أخرى (ينظر في التعليق على هذه اللوادر ، كتابنا : التعليق علىصوص القانون المدني للعمل - جزء ١ - طبعة ١٩٩٣) .

البندين سابع عشر وثامن عشر) يتمتع الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى .

وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم .

ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلي بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتي :

١- تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال في المواد الآتية :

(أ) النفقات والأجور وما في حكمها ، والحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما .

(ب) المهر والجهاز والدوطة والنشكة وما في حكمها .

(ج) الطلاق والخلع والابراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

٢- تختص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى في مصر بتحقيق إثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات ، فإن لم يكن للمتوفى موطن في مصر يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها أحد أعيان التركة .

٣- يتحدد الاختصاص المحلي في مسائل الولاية على المال التالية على النحو الآتي :

(أ) في مواد الولاية بموطن الولي أو القاصر ، وفي مواد الوصاية بأخر موطن للمتوفى أو للقاصر .

(ب) في مواد الحجر والمساعدة القضائية بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً.

(ج) في مواد الغيبة بأخر موطن للغائب .

فإذا لم يكن لأحد من هؤلاء موطن في مصر يتعقد الاختصاص للمحكمة الكائن في دائرتها موطن الطالب أو التي يوجد في دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته .

(د) إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً جاز للمحكمة بناء على طلب نوى الشأن أو النيابة العامة أن تحيل القضية إلى المحكمة التي يقع في دائرتها الموطن الجديد .

(هـ) تختص المحكمة التي امرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من يخلف الولى - سواء اكان ولياً أو وصياً - إلا إذا رأت من المصلحة احوالة المادة إلى المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن القاصر .

٤- فيما عدا قسمة اعيان الأوقاف للنتهية ، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وبشروط الواقف والاستحقاق فى الوقف والتصرفات الواردة عليه ، للمحكمة الكائنة فى دائرتها اإميانه ، أو الأكبر قيمة إذا تعددت ، أو للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن ناظر الوقف ، أو المدعى عليه (١٥م ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

رفع الدعوى ونظرها

ثلاثة وعشرون - طريق رفع الدعوى فى الولاية على النفس - نصت المادة ١٦ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على رفع الدعوى المتعلقة بالولاية على النفس بالطريق المعتاد المخصوص عليه فى قانون المرافعات (١) .

أربعة وعشرون - قبول الدعوى الناشئة عن عقد الزواج - نصت المادة ١٧/١ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الدعوى الناشئة عن عقد الزواج لا تقبل إلا إذا كانت سن الزوجة لا يقل عن ١٦ سنة ميلادية ، أو كانت سن الزوج ١٨ سنة ميلادية وقت رفع الدعوى .

خمس وعشرون - ثبوت الدعوى - ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٧/١ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على عدم قبول الدعوى الناشئة عن عقد

(١) يراجع فيما سبق من تعليق على اثر إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات .

الزواج - عند الإنكار - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية . ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة .

ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه (١) .

سنة وعشرون - عرض الصلح فى دعاوى الولاية على النفس -
تقضى المادة ١٨ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم ، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها بغير عذر مقبول رافضاً له .

وفى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وتمجز عن ذلك . فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ، ولا تزيد على ستين يوماً .

الفقرة الأولى من المادة ١٨ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ نصت عليها الأصول الشرعية .

وأحكام الفقرة الثانية مستمدة .

سبعة وعشرون - نيب الحكمين فى دعاوى التطليق - نصت المادة ١٩ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون نيب حكيمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الامكان - فى الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه .

وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً ، فإن اختلف أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالها أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين .

(١) يراجع - لاحقاً - القسم الثانى من هذه الموسوعة فى شريعة الطوائف المسيحية .

والمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى .

ثمانية وعشرون - الخلع - نصت عليه المادة ٢٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ (١) .

تسعة وعشرون - إثبات الطلاق عند الإنكار - نصت المادة ٢١ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على عدم الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالأشهاد والتوثيق . وعند طلب الأشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما فإن أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق فوراً أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع ، أو قرر الزوج أنه قد أوقع الطلاق ، وجب توثيق الطلاق بعد الأشهاد عليه .

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج .

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك . ولا يعتمد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضراً لإجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية .

ثلاثون - إثبات مراجعة المطلقة عند الإنكار - ونصت المادة ٢٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات ، لا تقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعة مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض ، وتسعين يوماً لمن تكون عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقها (٢) ، وذلك ما لك تكن حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة .

(١) انظر - سابقاً - لحكام الخلع .

(٢) تنظر لحكام المراجعة في القسم الأول من هذه الموسوعة .

واحد وثلاثون - تحقيق النيابة العامة لتحديد دخل المطلوب
الحكم عليه بالنفقة - نصت المادة ٢٣ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة أو ما في حكمها محل منازعة جدية ، ولم يكن في أوراق الدعوى ما يكفي لتحديد ، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذي يمكنها من بلوغ هذا التحديد .

وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق في هذا الشأن .

وتلتزم أية جهة حكومية أوغير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات تكون منتجة في تحديد دخل المطلوب منه النفقة ، وذلك مع عدم الاخلال بقرار سرية الحسابات بالبنوك .

ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات في غير المادة التي أجريت بشأنها .

ويجب على النيابة العامة أن تجرى التحقيق وترسله مشفوعاً بمذكرة موجزة بالنتائج التي خلصت إليها في موعد لا يتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها .

حكم هذه المادة مستحدث ، وأريد به تلافى العيوب الناجمة عن إجراء تحريات عن دخل المطالب بالنفقة عن طريق المباحث الذي كان يتولاه عادة (المخبرون) . بعيداً - عادة عن الحقيقة والواقع .

اثنان وثلاثون - اشهاد الوفاة والوراثة والوصية الواجبة -
بينت المادة ٢٤ ق١ لسنة ٢٠٠٠ قواعد وإجراءات طلب اشهاد الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، وأوجبت أرفاق شهادة رسمية تثبت الوفاة وإلا كان الطلب غير مقبول .

ويحقق القاضى الطلب بشهادة من يوثق وله أن يضيف إليها التحريات الادارية .

وعند المنازعة الجدية يحال الطلب إلى المحكمة الابتدائية المختصة .

ثلاثة وثلاثون - حجية اشهاد الوفاة والوراثة - قضت المادة ٢٥ ق١ لسنة ٢٠٠٠ بأنه يكون لاشهاد الوفاة والوراثة والوصية الواجبة حجية ما لم يصدر حكم على خلافه .

فى مسائل الولاية على المال

أربعة وثلاثون - رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيهها والغائبين والتحفظ على أموالهم - نصت المادة ٢٦ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيهها والغائبين والتحفظ على أموالهم وإدارتها ، ولها فى ذلك ندب أحد مأمورى الضبط القضائى والاستعانة بمعاونين يلحقون بها .
وللنيابة تقدير نفقة وفتية من أموال مستحق النفقة لحين الحكم بتقديرها .

خمس وثلاثون - إبلاغ النيابة عن حالات الوفاة والفقد والغياب - نصت المادة ٢٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على إلزام الأقارب المقيمين مع المتوفى أو أكبر الراشدين من الورثة إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن ، أو وفاة الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب خلال ثلاثة أيام من الوفاة .
وعلى الأقارب إبلاغ النيابة العامة خلال ذات المدة عن فقد أهلية أو غياب أحد أفراد الأسرة إذا كان مقيماً معهم فى معيشة واحدة .

سنة وثلاثون - الإبلاغ عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية - نصت المادة ٢٨ ق١ لسنة ٢٠٠٠ على إلزام الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات بإبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية ، وعلى إلزام السلطات الإدارية بذلك أيضاً .

سبعة وثلاثون - انفصال الحمل للمستكن - نصت المادة ٢٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن على الوصى على الحمل المستكن إبلاغ النيابة العامة بانقضاء مدة الحمل أو انفصاله حياً أو ميتاً .

ثمانية وثلاثون - عقوبات عدم الإبلاغ - تنص المادة ٣٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على عقاب مخالفى إبلاغ النيابة العامة للمشار إليهم فى المواد ٢٧ و٢٨ و٢٩ من هذا القانون بالغرامة من ٥٠ جنيه إلى ١٠٠ جنيه ، وإذا كان عدم الإبلاغ بقصد الإضرار بعديم الأهلية أو ناقصها أو

الغائب أو غيرهم من ذوى الشأن تكون العقوبة : الحبس مدة لا تزيد على سنة ، والغرامة من ١٠٠ جنيه إلى ١٠٠٠ جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين .

تسعة وثلاثون - إخفاء مال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب -
نصت المادة ٣١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على معاقبة من أخفى ، مالا لعديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، بالحبس .

أربعون - قيد طلبات الحجز - نصت المادة ٣٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تقيد النيابة طلبات الحجز والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإنز للناصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الخرج عليه أو طلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه - يوم وساعة تقديم الطلب فى سجل خاص - ويقوم القيد مقام التسجيل وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب ، وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائياً برفض الطلب .

واحد وأربعون - الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل وعديم الأهلية وناقصها والغائب - نصت المادة ٣٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن على النيابة العامة اتخاذ الاجراءات للمحافظة على حقوق الحمل المستكن او عديم الأهلية او ناقصها أو الغائب ، وأن تحصر مؤقتاً ، لهم من أموال ثابتة أو منقولة أو حقوق وما عليهم من التزامات فى محضر يوقع عليه ذوى الشأن - ولها أن تتخذ الاجراءات الوقفية أو التحفظية للمحافظة على هذه الأموال وأن تأمر بوضع الأختام عليها ، ولها أن تنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين وذلك بناء على أمر صادر من قاضى الأمور الوقفية .

والنيابة العامة أن تأذن بالصرف على جنازة للمتوفى ، والانفاق ، وإدارة الأعمال التى يخشى عليها من فوات الوقت .

والنيابة العامة أن تعدل عن أى قرار اتخذته .

كل ذلك بشرط أن يتجاوز المال المطلوب حمايته ٣٠٠٠ جنيه يتعدد بتعدد هم .

اثنين وأربعون - الاذن بدخول المساكن - ورخصت المادة ٣٤ من القانون لسنة ٢٠٠٠ - بناء على إذن مسبب من القاضي الجزئي - للنيابة العامة دخول المساكن والأماكن اللازم دخولها لاتخاذ الاجراءات التحفظية المنصوص عليها في هذا القانون ، ولها أن تندب لذلك بأمر مسبب يحدد فيه المسكن أو المكان لحد مأموري الضبط القضائي .

كل ذلك بشرط أن يتجاوز المال المطلوب حماية ٢٠٠٠ جنيه تتعدد بتعدد هم .

القرارات والأحكام الصادرة في مسائل الولاية على المال والطعن فيها

ثلاثة وأربعون -سريان قواعد الأحكام على القرارات - نصت المادة ٥٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على سريان القواعد الخاصة بالأحكام على القرارات التي تصدر في مسائل الولاية على المال .

أربعة وأربعون - تسبيب القرارات - نصت المادة ٥٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على وجوب إيداع أسباب القرارات القطعية قلم الكتاب الصادرة في مواد الحجر والمساعدة القضائية والولاية والغيبة والحساب والاذن بالتصرف وعزل الوصي والقرارات الصادرة وفقاً لأحكام المادة ٢٨ من هذا القانون ، في ميعاد ثمانية أيام من تاريخ النطق بها إذا كانت صادرة من المحكمة الجزئية ، وخمسة عشر يوماً إذا صدرت من غيرها .

ولهما عدا ذلك يجوز للمحكمة تسبيبها أو بالاكتفاء بالتوقيع على محضر الجلسة المشتمل على المنطوق .

خمسة وأربعون -قرارات أول درجة الواجبة التنفيذ ، والغير واجبة التنفيذ - تقضى المادة ٥٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن القرارات الصادرة من محكمة أول درجة الصادرة بصفة ابتدائية تكون واجبة التنفيذ ولو مع حصول استئنافها.

ما بعد تلك الصادرة في المسائل الآتية :

١- الحساب ورفع الحجر وانتهاء المساعدة القضائية .

٢- رد الولاية وإعادة الاذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو

الإدارة.

٣- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية.

٤- الاذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب .

والمحكمة بالنظر أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى

يتمثل في الطعن.

سنة وأربعون - القرار النهائي في الأوقاف - نصت المادة ٥٥ من

القانون ١ لسنة ٢٠٠٦ على أن يكون قرار المحكمة نهائياً في تصرفات

الأوقاف بالأذن بالخصومة أو في طلبه الاستدانة أو التأجير لمدة طويلة أو

تغيير المعالم أو طلب الاستئصال أو بيع العقار الموقوف لسيادة دين - إذا كان

موضوع الطلب أو قيمة العين محل التصرف لا يزيد على ٥٠٠٠ جنيه .

سبعة وأربعون - طرق الطعن - نصت المادة ٥٦ من القانون ١

لسنة ٢٠٠٠ على أن طرق الطعن في الأحكام والقرارات المبنيّة في هذا

القانون هي :

الاستئناف والتقضّي والتمايز إعادة النظر وتتبع فيما لم يره فيه نص

مفاد القانون والأجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات بعد النص

في المادة الرابعة من أصل هذا القانون (١-٢ لسنة ٢٠٠٦) على إلغاء الكتاب

الرابع من قانون المرافعات ، يكون طريق المعارضة قد انقضى بالتالي أحسنهما

نصت على ذلك المادة ٥٦ المشار إليها .

وذلك مسيرة لما نص عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية ، حيث

نظم لحكام الطعون الثلاثة وحدها : الاستئناف والالتماس والتقضّي .

ثمانية وأربعون - الطعن بالاستئناف من النيابة - نصت المادة

٥٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للنيابة العامة في جميع الأحوال

الطعن بالاستئناف في الأحكام والقرارات الصادرة في الدعاوى التي يوجب

القانون أو يجيز تدخلها فيها ، وتتبع في ذلك أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية .

حكم هذه المادة مستحدث .

وتنظر بوجه خاص المادة ٢٣٦ فقرة ثانية من قانون المرافعات والمادة ٢٤٠ والمادة ١٢٦ منه .

تسعة وأربعون -نظر الاستئناف والطلبات الجديدة - نصت المادة ٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .

ومع ذلك يجوز مع بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو الإضافة إليها ، كما يجوز إبداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة .

وفي الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلاً مناسباً على الأسباب أو الطلبات الجديدة (١) .

خمسون - طرح ما فصل فيه الحكم المستأنف على محكمة الاستئناف - نصت للمادة ٥٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يترتب على الطعن بالاستئناف في الحكم القطعي الصادر وفقاً لحكم المادة ١٠ من هذا القانون طرح ما فصل فيه هذا الحكم على محكمة الاستئناف ، وحتى تصدر هذه المحكمة حكمها النهائي يجوز لها إصدار مؤقت واجب التنفيذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة أو تعديل النفقة التي قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو بالنقصان (٢) .

واحد وخمسون -استئناف المواد المربطلة- نصت المادة ٦٠ من

(١) يراجع ما ورد سابقاً عند الكلام عن الأحكام الجديدة في القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والفاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، وبخاصة عن الطلبات الجديدة في الاستئناف .

(٢) انظر - سابقاً - البند السابع عشر .

القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه مع عدم الاخلال بحقوق الغير حسن النية يعد استئناف الحكم أو القرار الصادر في مادة من مواد الولاية على المال ، استئنافاً للمواد الأخرى التي لم يسبق استئنافها وترتبط بالحكم أو القرار المستأنف ارتباطاً يتعذر معه الفصل في الاستئناف دون إعادة الفصل فيها .

الثنين وخمسون - ميعاد الاستئناف - نصت المادة ٦١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن ميعاد الاستئناف ستون يوماً لمن لا موطن له في مصر دون إضافة ميعاد مسافة (١) .

ثلاثة وخمسون - من لهم حق الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات - تنص المادة ٦٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للخصوم والنيابة العامة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ، كما يكون لهم الطعن في القرارات الصادرة من هذه المحاكم في مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصي وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردّها واستمرار الولاية أو الوصاية والحساب .

أربعة وخمسون - تنفيذ أحكام التخليق - نصت المادة ٦٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن لاتنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التخليق بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض . فإذا طعن عليها في الميعاد القانوني استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل في الطعن .

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة في موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ ايداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه . وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن .
وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل في الموضوع .

(١) قارن نص المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ حيث تحدد ميعاد الاستئناف أربعين يوماً فقط و١٥ يوماً للمواد المستعجلة و٦٠ يوماً من النائب العام أو من يقوم مقامه .

هذا الزمن مستحدث (١).

عالم بموجبه مشكلات كثيرة ، فقد كان المأثون يعقد زواج المحكوم بتطليقها على زوج آخر متى قوت له حكمة نهائية (أي مناداً من محكمة الاستئناف) إعمالاً للمادة ١/٣٦ من لائحة المأثونين دون انتظار للفصل في النقض أو قوت مواعيدده . وقد يحدث أن يتم نقض الحكم ، في وقت تكون المطلقة قد أنجبت عن زوجها الثاني ، ومن هنا تثار المشاكل في الزواج السابق يطلب التفريق بين الزوجين (٢) .

- ١- خمسة وخمسون - التماس إعادة النظر - نصت المادة ٦٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا يجوز التماس إعادة النظر في مسائل الولاية على المال إلا في القرارات الانتهائية الصادرة في المواد الآتية :
 - ١- توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة .
 - ٢- تثبيت الرجعي المختار أو الوكيل عن الغائب .
 - ٣- عزل الوصي والقيم والوكيل أو الحد من سلطته .
 - ٤- طلب الولاية أو وقفها أو الحذف منها .
 - ٥- استمرار الولاية أو الوصاية على القاضين .
 - ٦- الفصل في الحساب .

تنفيذ الأحكام والقرارات

سنة وخمسون - الأحكام والقرارات الواجبة التنفيذ - نصت المادة ٦٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الأحكام والقرارات الصادرة

(١) انظر ما ورد في الهند ٩ بياناً لما تضمنته القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ من إلغاء الكتاب الرابع من قانون لأرافعات ، وكتابتها : شرح لائحة المأثونين والمؤثقين المنتدبين - ط ١ و ط ٢ - ص ١١٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٩٨/٦/٢٢ - الطعن ٣٢٨ لسنة ٦٤ ق (لحوال شخصية - وكانت الزوجة تزوجت بزواج جديد عقب الحكم في الاستئناف . وقد قضى بنقضه .

بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة .

سبعة وخمسون - تنفيذ أحكام ضم الصغير جبراً - نصت المادة ٦٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على جواز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً .

ويتبع في تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات .

ويراعى في جميع الأحوال أن يتم لإجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضي التنفيذ .

ويجوز إعادة التنفيذ بذات التسهيلات كلما اقتضت الحال ذلك .

ثمانية وخمسون - مكان رؤية الصغير - نصت المادة ٦٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الحكم الصادر برؤية الصغير ينفذ في أحد الأماكن التي يصدر بتحديداتها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية ، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه حكم الرؤية على مكان آخر .

ويشترط في جميع الأحوال أن يتوفر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير .

تسعة وخمسون - وضع الصيغة التنفيذية - نصت المادة ٦٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن على قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ .

ستون - جهات التنفيذ وإجراءاته - نصت المادة ٦٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن التنفيذ يجري بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة .

ويصدر وزير العدل قراراً بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ، ومن يناط به ذلك .

واحد وستون - قرار النيابة العامة بتسليم الصغير - نصت المادة ٧٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يجوز للنيابة العامة ، متى

عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء ، أو طلبت حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك ، أن تصدر بعد اجراء التحقيق قراراً مسبباً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها .

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل ، ويكون واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم المحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير .
هذا الحكم الذي يتضمنه النص مستحدث .

الثاني وستون - نظام تأمين الأسرة - نصت المادة ٧١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على انشاء نظام من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب يتولى الاشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعي .

ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .
هذا الحكم مستحدث .

ثلاثة وستون - في أداء بنك ناصر للمخفقات - نصت المادة ٧٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على بنك ناصر الاجتماعي أداء النفقات والأجور وما في حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

أربعة وستون - قيام الوزارات والمصالح والهيئات بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها لحساب بنك ناصر الاجتماعي - نصت المادة ٧٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعي وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنيابات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعي مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الاعلان ، أن تقوم بخصم المبالغ في الحدود التي يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما في حكمها والمعاشات وإيداعها خزانة البنك فور

وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى إجراء آخر .

خمسـة وستون - للحكوم عليه بالنفقة من غير ذوى المرتبات-
نصت المادة ٧٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا كان المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم خزانة بنك ناصر الاجتماعى أو لحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر ، متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء .

سنة وستون - استيفاء بنك ناصر ما أداه من نفقات وأجور ومصروفات - نصت المادة ٧٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن لبنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بأداؤه من نفقات وأجور وما فى حكمها ، وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقتها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها .

سبعة وستون - نسب ما يجوز الحجز عليه من المرتبات وفاء للنفقة وما فى حكمها - نصت المادة ٧٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما فى حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، فى حدود النسب التالية :

٢٥٪ للزوجة أو المطلقة . وتكون ٤٠٪ فى حالة وجود أكثر من واحدة .

٢٥٪ للوالدين أو أيهما .

٣٥٪ للولدين أو أقل .

٤٠٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .

٥٠٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما .

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة عن ٥٠٪ تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم .

ثمانية وستون - عند التزام - نصت المادة ٧٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه عند التزام بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة

الزوجة أو المطلقة فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى .

تسعة وستون - الاشكال - نصت المادة ٧٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا يترتب على الاشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة ٧٧ وقف إجراءات التنفيذ .

سبعون - العقوبات - نصت للمادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على عقاب الحبس الذى لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاقاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون (١ لسنة ٢٠٠٠) بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك .

وتكون العقوبة الحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع الزامه بردها وذلك مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر .

ملاحظات هامة

أولاً - نصت المادة الرابعة من اصنار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على إلغاء بعض القوانين واللوائح .

ثم وضعت فقرتها الأخيرة الاطار العام فيما يجب العمل به حيث قالت:

(كما يلقى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق) .

ثانياً - خرجت من دائرة الالغاء قوانين الأحوال الشخصية التالية :

١- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية للمعدل .

ومن ثم تظل أحكامه التى لا تخالف القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ سارية المفعول (١) .

(١) انظر شرح لحكام هذا القانون ، بنصومه ، فى القسم الأول من هذه الموسوعة .

٢- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية للمعدل .

ومن ثم تظل أحكامه التي لا تخالف القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ سارية المفعول (١) .

٢- القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام القانونين ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ومن ثم تظل أحكامه التي لا تخالف القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ سارية المفعول (٢) .

٤- لائحة المانونين الصادرة عام ١٩٥٥ ، ولائحة الموثقين المنتدبين الصادرة عام ١٩٥٥ المعدلتين (٣) ومن ثم تظل ساريتان حتى يصدر قرار وزير العدل بتنظيم شئون المانونين والموثقين وأعمالهم ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال (للمادة الخامسة من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

٥- إن الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية تصدر - وفقاً لنص المادة الثالثة من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيها لم يرد بشأنه نص في القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة (٤) .

٦- القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ المعدل بشأن الولاية على المال .

٧- القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن سلب الولاية .

٨- القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٢ بشأن المواريث .

٩- القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية .

١٠- القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف .

(١) انظر شرح هذا القانون ، ونصومه في القسم الأول من الموسوعة .

(٢) انظر شرح هذا القانون ، ونصومه في الكتاب الثالث من الجزء الثاني من الموسوعة .

(٣) انظر شرح مائتين اللائحتين في نصومهما في القسمين الأول والثاني من الموسوعة .

(٤) هذا المبدأ كان منصوصاً عليه في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ التي نصت المادة الرابعة من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على إلغائها .

بالنسبة للقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠

ما كاد يصدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وأجراءات الأحوال الشخصية - في ٢٩/١/٢٠٠٠ ويوضع موضع التنفيذ ، حتى صدر في ١٨/٥/٢٠٠٠ القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ معدلاً لبعض أحكامه .

وكانت المادة الرابعة من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد نصت على إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وكان من بين الأحكام التي تنظمها تلك اللائحة التنفيذ بنفقة الزوجة والأولاد والأقارب والأجور بطريقة حبس المحكوم عليه بها الذي تنص عليه المادة ٣٤٧ منها .

فقد تضمن القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ تنظيمًا لحبس المحكوم عليهم بالنفقات والأجور وما في حكمها ، وأحكاماً في جريمة هجر العائلة المنصوص عليها في المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات ، وكيفية التنفيذ بأحكام كل منها أو كليهما ، ومن ثم فقد أعاد العمل لحبس المحكوم عليهم بالنفقات والأجور ، تمكيناً للمحكوم لهم من الحصول عليها .

ولما كان القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ قد ضمن المادة ٧٦ مكرراً التي أضافها للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ أحكاماً مماثلة . لما كانت تنص عليه المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية .

وكانت دعوى الحبس ما هي إلا طريقاً من طرق الإكراه البدني لاجبار المحكوم عليه بالنفقة أو الأجور أو ما في حكمها على التنفيذ ، فإن موضع هذا البحث الطبيعي هو التنفيذ بأحكام النفقة والأجور وما في حكمها . ولذلك أشرنا أن ينظر بحث أحكام القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ في مكانه الطبيعي (١) .

(١) انظر - لاحقاً - شرح القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ بالجزء الثاني من هذه الموسوعة صفحة ٤٦٢ وما بعدها .

نظرية الدعوى الشرعية

- سمات الدعوى الشرعية وذاتيتها ، والأحكام العامة فى المرافعات .
- شروط قبول الدعوى ، وأحكام سماعها ، والجواب عنها ، وتقدير قيمتها ، ورفعها وقيدها .
- الاختصاص الولائى ، والنوعى ، والمحلّى .
- حضور الخصوم ، وغيابهم ، وتدخل النيابة العامة .
- إجراءات الجلسات ، ونظامها .
- الدفع ، والإدخال ، والطلبات العارضة ، والتدخل .
- وقف الخصومة ، وإنقطاعها وسقوطها ، وانقضائها بمرضى المدة ، وتركها .
- عدم صلاحية القضاة ، وردهم ، وتنحيهم .

الأحكام العامة في المرافعات الشرعية

تمهيد :

٤٧- ذكرنا في مدخل البحث أن المشرع الثوري حين أصدر قوانين إلغاء المحاكم الشرعية والمالية كان يهدف إلى تحقيق الإصلاح بين جهات القضاء من ناحية وبين رجال القضاء من جهة أخرى ، واضعاً بتلك التشريعات أول علامة ثورية على طريق التوحيد والمساواة ، ومحققاً بها حلمًا سعيًا راود المخلصين الشرفاء من رجال القضاء من أكثر من ربع قرن من الزمان (١) ، فقد كانت تلك الجهات الملقاة بإجراءاتها محل إستياء المتقاضين وشكاياتهم ، فرأت حكومة الثورة في نهاية عام ١٩٥٥ - كما جاء بالملزمة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وبحق - أن تعالج الأمر علاجاً يحسم أسباب الشكوى ويبسط ظل الإصلاح بتوحيد نظام القضاء والمحافظة على الحقوق وصيانتها ، وتوزيع العدالة توزيعاً يظفر بثقة المتقاضين ويضع حداً للحالة المتقدمة في أدق العلاقات وتؤثر في أخلاق الأفراد والأداة الإجتماعية .

ولقد نص القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ الخاص بتعديل بعض أحكام

(١) لقد كتب قاض شرعي فاضل وفقه وعالم كبير هو المرحوم الشيخ أحمد محمد شاكر في ١٨ يوليو سنة ١٩٤١ منادياً بالعمل بجد وحزم وجراحة مع حكمة وإناة ، في سبيل توحيد القضاء ، يمزج القضاة الشرعيين والأهلي في هيئة واحدة ، على قدم المساواة والمعدل بين الفريقين ، ليكمل كل منهما ما في الآخر من نقص - كما قال في محاضرة يوم الخميس ٦ ربيع الأول سنة ١٣٦٠ هجرية الموافق ٣ إبريل سنة ١٩٤١ - ثم وجه سياسته القول إلى رجال القانون قائلاً : إنتم أعلم بأسرار القوانين منا ، ونحن أعلم بالكتاب والسنة وأسرار الشريعة منكم ، فإننا تعاوننا لأخرجنا الآثار . - وإستطرد - رحمه الله - قائلاً :

« ليكون هذا شهيداً لتعديل القوانين كلها على أساس الشريعة الإسلامية بالطريق الذي رسمته في محاضرتي ، فتحكم الأمة كلها بقانون واحد ويقاض واحد » .
(يراجع كتابنا : أبحاث في أحكام ، فقه وقضاء وقانون - مطبعة المعارف ومكتبتها - ١٩٤١ - ص ٤٧) .

القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بنظام القضاء ، وهو - أي القانون ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ أحد القوانين التي صدرت مع قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمالية - قد نص على أن الإختصاص بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية وجميع الجرائم ، ينعقد للمحكمة المدنية إلا ما إستثنى بنص خاص . وبإلغاء المادة ١٦ من قانون نظام القضاء التي كانت المحاكم المدنية بمقتضاها ممنوعة من نظر مواد الأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه التي تختص بنظر منازعاتها الشرعية الملغاة .

وجاء القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية وبإحالة القضايا التي كانت منظورة إلى المحاكم المدنية إعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦ (م١) ، وعلى أن ترفع الدعاوى والتي كانت من إختصاص المحاكم الشرعية والمالية إلى المحاكم المدنية إعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦ (م٢) ، وعلى تشكيل دوائر بالمحاكم المدنية الجزئية والإبتدائية والإستئنافية والنقض وأن تشكل من مستشارين وقضاة رؤساء ، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من رجال القضاء الشرعى (م٤) .

وجاءت المادة ٥ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لتقرر بإتباع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ والقوانين المكملة لها^(١) .

كما نصت المادة ٦ منه على أن الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت من إختصاص المحاكم الشرعية تصدر طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة ، ونص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فهو تأكيد وترديد لما تضمنته المادة ٨٢٠ من اللائحة الشرعية .

(١) كما يسرى قانون المرافعات المدنية أيضاً بالنسبة لما يستجد من إجراءات بعد إحالة الدعاوى الشرعية إلى المحاكم المدنية (نقض - جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٨ مدني - ص ١٩٤ وما بعدها) .

ونصت المادة ٧ منه على إختصاص المحاكم الجزئية الوطنية بالنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقاً للمعدون باللائحة الشرعية ما عدا دعوى النسب في غير الوقف ، والطلاق والخلع ، والمباراة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها فإنها من إختصاص المحاكم الابتدائية .

كما نصت المادة ١٢ من القانون المذكور على إلغاء المواد الآتية من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : من ١ إلى ٤ ومن ١١ إلى ١٩ ومن ٢٩ إلى ٥١ ومن ٥٣ إلى ٩٧ ومن ١٠٠ إلى ١٣٦ ومن ١٢٨ إلى ١٧٨ والمادة ١٨٠ والمادة ١٨٢ إلى ٢٨٩ ومن ٣٢٨ إلى ٣٤٢ والمواد ٣٤٨ و ٣٥١ و ٣٥٢ .

٤٨- يظهر من النصوص السابقة أن هناك مواداً من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيما يتعلق بإجراءات التقاضي وإجراءات المرافعات والإثبات والإختصاص ما زالت قائمة ، وفي نفس الوقت قد أصبح قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - اللذان حلا محل قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ المشار إليه في القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية - أصبحا القانونين الواجب التطبيق ، في غير الحالات الواردة في اللائحة الشرعية والقوانين المكملة لها (١) .

أولاً : سمات الدعوى الشرعية :

٤٩- تتميز الدعوى الشرعية بسمات تنفرد بها ، وقد كانت اللائحة الشرعية تتضمن أحكاماً وإجراءات لم يكن لها نظير في قانون المرافعات، ولعل ذلك كان راجعاً إلى ما لتلك الدعوى من طبيعة ذاتية ، وتناولها للإنسان منذ كان جنيناً حتى ما بعد وفاته وتوزيع تركته وتنفيذ وصاياه ، وإتصالها المباشر بعلاقات الزوجين والأقارب والأولاد في أخص خصائص تلك العلاقات .

(١) وكان الشيخ محمد بخيت مفتي الديار المصرية السابق ، وقد قنن مشروعاً لقانون المرافعات الشرعية نشرت مواده في مجلة المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٢ - ص ١١٦ وما بعدها والعدد ٣ من نفس السنة - ص ٢٣٧ وما بعدها ، والعدد ٤ من نفس السنة - ص ٢١٠ وما بعدها ، والعدد ٥ من نفس السنة - ص ٢٢٤ وما بعدها .

ولقد إحتفظت الدعوى الشرعية - برغم صدور قوانين التوحيد وتطبيق قواعد المرافعات المدنية والإثبات - بسماتها وذاتيتها ، لأن بعض أحكام اللائحة الشرعية والقوانين للكلمة لها التي كانت تحكم أصول المرافعات فى الدعوى الشرعية قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ مازال معمولاً بها حتى الآن (م ٤٦٢ ق ١٩٥٥) ، ولأن تلك الذاتية الخاصة للدعوى الشرعية لا نجد لها فى قانونى المرافعات والإثبات - اللذين يحكمان المعاملات المدنية والتجارية خاصة - أصولاً تحكمها ، ومن ثم كان لزماً بيان هذه الأحكام المميزة .

إلتزام القاضى الشرعى بالصلح بين الخصوم :

٥٥- كان الرسول عليه الصلاة والسلام يوجب الصلح بين المتخاصمين ، وقد نقلت اللائحة الشرعية هذه القاعدة الأصلية فى المادة ٨٢ الملغاة حيث قررت :

« يراعى بقدر الإمكان فى سماع الدعوى ترتيبها فى قائمتها ، ويبدأ بالسعى فى الصلح بين الخصوم » ، ذلك أن المطلوب شرعاً من القاضى أن يعرض الصلح على الخصوم لأنه أقطع للنزاع وأحفظ للروابط (١) .

فلا يسمع القاضى دعوى بصلح باطل ، ولا دعوى فقدت شرط الإلزام على فرض ثبوت الحق (٢) .

٥١- وقد إستحدث قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ فى المادة ٦٤ منه نظام مجالس الصلح تتولى الصلح بين الخصوم ، كما صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١١٧٢ لسنة ١٩٦٨ بتنظيم مجالس الصلح ، على أن يراسه أحد وكلاء النيابة العامة ضمناً لتمثيل العناصر القضائي ، وعضوية إثنين من المواطنين الصالحين يختارهم الإتحاد الإشتراكى العربى ، بحيث تحال الدعوى إلى المحكمة الجزئية لجلسة تحدد فى قرار

(١) للذكر الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٦ بشأن اللائحة الشرعية .
(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١/٢٨ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤ و ٦٥ - ص ٢٤٧ .

الإحالة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ، فى حالة عدم تمام الصلح ، واستلزمت المادة ٦٤ مرافعات عرض جميع الدعاوى الجزئية التى تكون من إختصاص المحاكم الجزئية التى ينشئها وزير العدل بدائلتها ، ويقتصر إختصاص مجالس الصلح هذه على التوفيق بين الخصوم مما ينتفى معه مجال للفاضلة بينهم ، بحيث لا تخل مرحلة الدعوى أمامه بحقوقهم فى إبداء ما لديهم من دفع أو أمام المحكمة عند إحالة المجلس الدعوى إليها (١) .

وعلى ذلك يمكن القول بأن الدعاوى التى تختص بها المحاكم الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية للولاية على النفس) طبقاً للمواد ٥ و ٦ و ٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تخضع لنظام مجالس الصلح ، وذلك متى كان الصلح فيها غير ممتنع إعمالاً للمادتين ٢ و ٥ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (٢) .

ما الحكم بالنسبة للمحاكم التى لم يصدر بدائلتها بعد تشكيل مجالس الصلح ؟

٥٢- الذى نراه أنه متى تضمنت على المحكمة الجزئية الصلح بين المتخاصمين ، وكان حسم النزاع بينهما ضرورياً لحسن سير العلاقات بينهم وتصفية الخصومة رعاية لأواصر الصلة بينهم « كزوجين لهم أولاد ، أو أخوة ، أو جيران ، إلخ » أن تحيل النزاع إلى لجنة المصالحات بالإتحاد الإشتراكي المختصة لإجراء الصلح بينهم ، وتكليف قلم الكتاب إليه ، وتأجيل نظر الدعوى إلى جلسة مقبلة حتى يتم الصلح ، تجسيذاً لدور القاضى فى المجتمع الإشتراكي ، الذى يقوم على دعائم من بينها فض

(١) تراجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ فى شأن المادة ٦٤ ، وكذلك المذكرة الإيضاحية للقرار الجمهوري رقم ١١٧٣ لسنة ١٩٦٨ .

(٢) إنتظر فى التعليق على مجالس الصلح : تقنين المرافعات - للأستاذ كمال عبد العزيز - ص ١٨ وما بعدها ، والوسيط فى المرافعات - للدكتور رمزي سيف - ص ٥٢٥ وما بعدها ، والمستحدث فى قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - ص ٨٢ .

المنازعات بين الجماعير ، وفرض الممارك الجانبية التي تعمق حركتهم نحو النهوض بالإنتاج (١) .

سرية الجلسات مراعاة لخدمة الأسرة :

٥٣- من المبادئ المقررة في المرافعات بصفة عامة أن المرافعة تكون علنية ، ما لم تر المحكمة - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم - إجراءها سراً محافظة على النظام أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة

١٠١م١ مرافعات جديد المقابلة للمادة ١٢١ من قانون المرافعات الملقى ، .

وهذا المبدأ (مراعاة حرمة الأسرة) كانت تنص عليه المادة ٨٤ من اللائحة الشرعية ، وذلك صيانة لكرامة الأسرة من أن تعرض لأحوالها الخاصة في جلسة علنية (٢) .

وقد أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية لللائحة الشرعية . أما المادة ٤ من مشروع قانون إجراءات التقاضي فتقتضى على أن تنظر المحاكم جميع مسائل الأحوال الشخصية في جميع مراحل التقاضي في غرفة المشورة .

أهلية سماع دعوى الزوجية :

٥٤- تنص الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية المعدلة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٥١ (٣) على أنه :

« ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشر سنة هجرية ، أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا » .

فقد كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة ، وثمانى عشرة سنة للزوج سواء كانت

(١) وقد اقرت الوزارة برئاسة لوزيرة العدل بتطوير نظام مجالس الصلح كمدخل لمساهمة الشعب في العدالة ، على أن تسمى تلك المجالس (مجالس الفصل في المنازعات) ، وعلى أن تفصل بالفصل في بعض المنازعات المتعلقة بالعمل والأحوال الشخصية والمطالبات والمنازعات التي لا تتجاوز قيمتها عشرين جنهما ، وإن تبدأ التجربة في محافظة القليوبية في يناير سنة ١٩٧٤ .

(٢) شرح لائحة الإجراءات الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٣ - ص ١٩ و ٢٠ .

(٣) نشر بالوقائع المصرية - في ١٩٥١/٦/٧ - العدد ٥٠ .

سنهما كذلك وقت الدعوى لم جاوزت هذا الحد ، فرشى تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق وإحتراماً لأثار الزوجية أن يقتصر المنع من السماع على حالة واحدة وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة (١) .

والعبارة بسن الزوجة حين الدعوى لا بسنها عند العقد عليها وتحسب السن بالتقويم الهجرى خلافاً لما تقضى به المادة ٣ مدنى (٢) .

والمقصود بدعوى الزوجية فى المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية عام ، تشمل دعوى عقد الزواج ، أو أى دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كدعوى النفقة أو الصداق أو الميراث ، والنهى عن السماع تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق وإحتراماً لأثار الزوجية أن يقتصر فى هذه الفقرة غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، بل هو نهى مطلق ، فلا يجوز سماع الدعوى سواء كان المدعى عليه منكرًا للزوجية أو معترفًا بها ، لأن النهى عن سماع هذا النوع من الدعاوى ليس للمنافع إليه الرغبة فى محاربة التزوير والتلاعب حتى يقيد بحالة الإنكار كما هو الحال فى النهى المنصوص عليه فى الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ ، وإنما الدافع إليه هو أن ولى الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار إجتماعية فمنع سماع دعاوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ١٦ سنة أو سن الزوج تقل عن ١٨ سنة وقت رفع الدعوى وما دام هذا هو الغرض من منع سماع الدعوى فسيان إقرار المدعى عليه بالزوجية وإنكاره إياها (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٧٨ لسنة ١٩٢١ بشأن اللائحة الشرعية حول المادة ٩٩ .

(٢) قارن المادة ٣٣ (١) من لائحة اللادوين ، والكتاب الدورى رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٧ فى ١٩/٦/١٩٦٣ للبالغ لنيابات الأحوال الشخصية .

(٣) طنطا الجزئية الشرعية - جلسة ١٣/١٠/١٩٣٠ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - ص ٨٥٧ ، والمليا الشرعية - جلسة ٢٥/١٢/١٩٢٧ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢-٩٥ ، ومصر الكلية الشرعية - جلسة ١٩/٣/١٩٤١ - المحاماة الشرعية ١٢-٧٦ ، والعليا الشرعية - جلسة ١٤/٣/١٩٤١ المرجع السابق - السنة ١٣ العدد ١ و ٢ و ٣ - ص ٧ .

كما أن العبرة في سماع دعوى الزوجية بسن الزوجة حين الدعوى ،
لا يستنها عند العقد عليها (١) .

وإذا توفقت زوجة قبل بلوغها السادسة عشرة من عمرها ، فإن دعوى
الإرث المرفوعة من زوجها تكون مسموعة ، ولا تنطبق عليها الفقرة الرابعة
من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية (٢) .

٥٥- وقد اختلف قضاء المحاكم الشرعية في تفسير المقصود
بـ(دعوى الزوجية) المنصوص على عدم سماعها إذا قلت سن الزوجة عن
ست عشرة سنة أو سن الزوج عن ثمانى عشر سنة ، الوارد بالفقرة
الخامسة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - اختلف
إلى رأيين :

أما المادة ٢ من مشروع قانون إجراءات التقاضى فتتقضى بأن أهلية
التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تثبت لمن بلغ خمس عشرة سنة
ميلادية كاملة .

٥٦- رأى (٣) - يذهب إلى أن المقصود به الدعوى التى يطلب فيها
الحكم بالزوجية ، أما القول بأن المنع من السماع يشمل الحقوق التى تكون
الزوجية سبباً فيها (كالنفقة ، والطاعة) ، فلا يصح الأخذ به ، لأنه توسع
فى نص القانون الصريح وهو لا يحتمله ، لأن الفقرة الخامسة من المادة
٩٩ المذكورة إستثناء من أصل جواز السماع ، فيجب الإقتصار فيه على
موضع النص وموضع النص دعوى الزوجية وليس غيرها .

(١) فارسكور الشرعية - جلسة ١٢/٥/١٩٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٦
ص ٢٨٢ وما بعدها .

(٢) فتوى الشيخ حسن مأمون - فى ٩/٢/١٩٥٦ - رقم ٥٨٠ سجل ٧٤ .

(٣) من أنصار الرأى الأول : الدنيا الشرعية - جلسة ٢٥/١٢/١٩٣٧ - القضية ١٣
سنة ١٩٣٧ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ٤ - ص ٩٥ ، وبني سويف
الشرعية - جلسة ١٢/٧/١٩٣٠ - القضية ٣٢٩ سنة ١٩٢٩ مستأنف - المرجع
المسابق - ص ٤١٢ ، وشبراخيت الشرعية - جلسة ٢٦/٩/١٩٢٩ - المرجع
السابق - السنة ١ - ص ٩١٦ .

وإستند أصحاب هذا الرأى إلى الحجج التالية :

١- أن العرف القانونى والقضائى جرى على تسمية الدعوى التى فيها
فرض للنفقة بسبب الزوجية :

(دعوى نفقة) ، والدعوى التى يطلب فيها الحكم بالطاعة : (دعوى
طاعة) ، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ جرى على ذلك ، فعبر تارة فى
جانب المنع من السماع بدعوى الزوجية ، وتارة لخرى بدعوى النفقة
(كالفقرة السادسة من المادة ٩٩) ، وتفيد المنع بعدم سماع دعوى الزوجية
فى الفقرتين الأولى والرابعة بحالة الإنكار ، وكذلك فعل القانون رقم ٢٥
لسنة ١٩٢٩ ، حيث نص فى المادة ١٧ منه على ألا تسمع الدعوى لنفقة
عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، مع أن هذه الدعوى سببها
الزوجية .

٢- أنه لو جاز العمل بالمنشور رقم ٢٩ سنة ١٩٣١ - المتضمن أن
المنع من السماع يشمل الحقوق التى تكون الزوجية سبباً فيها كالنفقة
والطاعة) - لوجب ألا تسمع دعوى الطلاق ودعوى الأم رد ولدها الرضيع
إليها إذا ظهر للمحكمة أن سن المدعية أقل من ست عشرة سنة ، ولو
إعترف المدعى عليه بالدعوى ما دام المنع من السماع من النظام العام .

٣- أن هذا النص ، كما يرى من عبارته : (لا تسمع دعوى الزوجية)
خاص بالمنع من سماع دعوى الزوجية فقط بالقيود المبينة فيه ولا يشمل
دعوى الحقوق المترتبة عليها لوجود الفوارق الشرعية والقانونية بين دعوى
الزوجية ودعوى الحق المترتب كدعوى النفقة . فشهادة الإستفسار
(الإستكشاف) كافية شرعاً فى الحكم بالنفقة بينما هى لا تصلح للحكم
بالزوجية .

٤- أن القضاء بالنفقة شرعاً ليس قضاء بالزوجية إما التفرقة من
الوجهة القانونية بين الدعويين (دعوى النفقة ودعوى الزوجية) فإن دعوى
الزوجية هى التى يطلب الحكم فيها بثبوت الزوجية ، فكون الزوجية هى
محل النزاع بين الخصمين ، وما يطلب الحكم به بخلاف دعوى النفقة فهى
التي يطلب الحكم فيها بغرض نفقة حتى لو انكرت الزوجية فى دعوى
النفقات صارت الدعوى دعوى زوجية ، ولو أراد واضع القانون أن تكون

الفقرة المذكورة عامة تشمل دعوى الزوجية ودعوى الحق المترتب عليها كالنفقة ، لأى فى صيغة الفقرة بعبارة تشمل ذلك كعبارة : (لا تسمع دعوى الزوجية ولا دعوى حق مترتب عليها) مثلاً .

٥- أن صيغة المشرع إقتصرت على عبارة : (لا تسمع دعوى الزوجية) ، والإقتصار هنا متعين ، خصوصاً إذا لوحظ أن فى الإقتصار على النص دفع الحرج عن المتقاضين ، لذلك كان المنع من سماع الدعوى المبين بالفقرة المذكورة خاصاً بالمنع من سماع التى يطلب الحكم فيها بثبوت الزوجية فقط .

٥٧- بينما ذهب رأى آخر^(١) إلى أن النهى عن سماع دعوى الزوجية هو نهى مطلق غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، وأن المقصود بدعوى الزوجية فى القانون عام يشمل دعوى عقد الزواج وأى دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كدعوى النفقة أو الصداق أو الميراث .

وإستند أصحاب هذا الرأى إلى المحجج التالية :

١- أن النهى عن السماع فى الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، بل هو نهى مطلق فلا يجوز سماع تلك الدعوى ، لأن النهى هنا ليس الدافع إليه الرغبة فى محاربة التزوير والدعاوى الباطلة حتى يقيد بحالة الإنكار من المدعى عليه ، وإنما الدافع إليه هو أن ولى الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار إجتماعية .

٢- أن البعض قصر هذا النهى على دعوى عقد الزواج فقط وإستباح أن يفهم أن المنهى عن سماعه فى هذا القانون هو إدعاء عقد الزواج ليس إلا ،

(١) من أنصار الرأى الثانى : طنطا الشرعية - جلسة ١٢/١٠/١٩٢٠ - القضية ١٩٦٥ سنة ١٩٢٩ - المحاماة الشرعية - ٢- س١٨٥٧ ومصر الشرعية - جلسة ١٩٤١/٣/١٩ - القضية ٦١ سنة ١٩٤٠ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ٢ - س٦٦ وكوم أمبو الشرعية - جلسة ١٩٢٩/٥/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١١ - العدد ٦ - س٨٨ ، وستورس الشرعية - جلسة ١٩٣١/١/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٣ - س٥٢٩ .

أما ما يترتب على عقد الزواج من آثار - وما أكثرها - فالدعوى بها - في نظرة - مسموعة والنهي لم يشملها ، وبناء على رأيه هذا لا مانع من سماع دعوى النفقة والطاعة والصدقات والميراث وغير ذلك من آثار عقد الزواج ولو كانت سن أحد الزوجين وقت الدعوى تقل عن السن المحددة في القانون ، لأن هذه الدعاوى - في - لا تسمى دعاوى زوجية بل تسمى دعاوى نفقة أو طاعة أو صدقات أو ميراث ، وهذا التفسير خطير جداً لأن عقد الزواج غير مقصود لذاته بل لما يترتب عليه من آثار ، فمدعى الزواج لا يقصد بدعواه ولا يستفيد منها إلا آثاره المترتبة عليه ، وولى الأمر أبعد نظراً من أن يكون مقصده من هذا القانون النهي عن سماع دعوى النفقة والطاعة والإرث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج ، لأنه لو كان مقصده هذا لأصبح نهي عديم الأثر والقيمة ، إذ في استطاعة المدعى أن يترك دعوى عقد الزواج ويدعى بما يشاء من الآثار المترتبة عليه فتسمع دعواه ويحكم له بما طلب وحسبه هذا وكفى ، ثم هو في غنى عن الحكم له بثبوت عقد الزواج نفسه ما دام يستطيع الحصول على الحكم له بما يشاء من آثار هذا العقد بدون إستثناء ، وحاشا أن يكون قصد ولى الأمر هذا العبث البعيد عن الحكمة .

٢- أن تصريح واضح القانون بالفرض من هذا النهي ، وهو إنه رأى المصلحة العامة في تأخير عقد الزواج حتى يبلغ الزوجان السن المحددة ، منع من مباشرة عقد الزواج قبل هذه السن ، ومنع القضاء من سماع دعوى الزوجية خلافاً لذلك إلا بأمر يصدر من الشارع - هذا التصريح يدل من غير شك على أن النهي شامل للدعوى عقود الزواج وكل دعوى بحق مترتب على عقد الزواج ، وتفسير النهي بغير هذا يؤدي إلى تعطله وجعله عديم الأثر والفائدة وذلك يعد إحتيالاً لما قصده ولى الأمر عن نهي توصلاً إلى مخالفته وهو صاحب الولاية العامة الذي يستمد منه القضاء سلطتهم ، ويجب عليهم الوقوف عند حد ما خولهم القضاء فيه دون الإحتيال لتجاوزته ، وإلا صار قضاؤهم باطلاً ، لأنهم معزولون عن القضاء فيما عداه .

٤- أن النهي عن السماع بعد وفاة أحد الزوجين من شأنه أن لا تكون الدعوى دعوى عقد زواج ، بل تكون للدعوى بحق مترتب على العقد كالميراث أو الصدقات ، لأنه يمكن إعاءة عقد الزواج بعد وفاة أحد الزوجين

مجرداً عن دعوى حق آخر مترتب على عقد الزواج كالصداق أو الميراث ،
ولو ادعت دعوى كهذه بعقد زواج بعد وفاة أحد الزوجين مجربة عن كل
حق آخر لا تسمع كما هو مقرر في الفقه .

٥- إنه إذا فرضنا فرض مطاوعة لا فرض تسليم أن المقصود من دعوى
الزوجية في القانون دعوى الزواج لا غير ، فإن دعوى النفقة أو الطاعة أو
الصداق أو الميراث أو غير ذلك بسبب الزواج هي دعوى عقد زواج وزيادة ،
لأن للزوجة التي تدعى النفقة على زوجها تدعى الزواج صراحة على زوجها
الدعى عليه وتزيد في ذلك دعاها إستحقاق النفقة عليه ، فدعواها مؤلفة
من جزئين : دعوى عقد الزواج ، ودعوى إستحقاق النفقة .

٦- إن الحقوق التي تنشأ عن عقد الزواج قسمان : فما لا يتوقف منها
على ثبوت عقد الزواج كالنسب والمهر فإنهما قد يثبتان بالوطء بشبهة ،
فلا شك أنه غير منهي عن سماعها ولو كان سن الزوجة أقل من السن
المحددة ، لأن القاضي لا يسمع ضمن الدعوى بها دعوى الزوجية بل يسمع
دعوى وطء بشبهة مثلاً - أما الحقوق التي تتوقف على ثبوت عقد الزواج
صحيح كالنفقة والإرث فهذه لا يجوز سماعها إلا بعد بلوغ الزوجين السن
المحددة .

ونؤيد الرأي الثاني فيما إنتهى إليه من تقسيم الحقوق الناشئة عن عقد
الزواج إلى قسمين :

الأول - وهو الذي لا يتوقف إثباته على إثبات عقد الزواج ذاته
(كالنسب ، والمهر) ، فإن الدعوى به تكون مسموعة ولو كانت سن المدعى
به أقل من السن المحددة .

والثاني - وهو الذي يتوقف إثباته على إثبات عقد الزواج ذاته (كالنفقة
، والإرث ، والطاعة) فإن الدعوى بشأنها لا تسمع إذا كانت السن أقل من
السن المحدد - وهو ما يتفق مع قصد الشارع وينتزه عن العبث (١) .

(١) ينظر في رأي الفقه والقضاء في الأملية بالتشريعات المصرية : الأحوال الشخصية
للمصريين للمسلمين - ١ - للاستشار محمد الدجوي - طبعة ١ - ١٩٦٩ ص ٤١
وما بعدها .

مدى سماع دعوى نفقة المدة الماضية :

٥٨- وتقضى الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية بأنه:

« ولا تسمح دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات
نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

ولقد رُئي - أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء - ألا تسمع الدعوى بنفقة
عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية بنهايتها تاريخ قيد الدعوى
ولما كان في إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة للتجمدة عن مدة سابقة على رفع
الدعوى احتمال المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهق الشخص الملزم . رُئي
من العدل نفع صاحب الحق في النفقة إلى المطالبة بها أولاً فثلاً ، بحيث لا
يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجعل ذلك عن طريق دفع سماع الدعوى
وليس في هذا الحكم ضرر على صاحب الحق في النفقة ، إذ يمكنه أن يطالب
به قبل مضي ثلاث سنين (١) .

وترفع الدعوى بطلب نفقة للمدة الماضية إستناداً إلى نص المادة الخامسة من
اللائحة الشرعية ، والمادة السادسة منها بالنسبة للإختصاص النوعي .

وقد تكون دعوى مستقلة ، وقد تكون ضمن دعوى النفقة ، بأن تحدد
المدعية (الزوجة) في صحيفة تاريخاً للإمتناع عن الإنفاق سابقاً على رفعها
بشهر ، أو شهور ، أو سنة ، أو أقل من ثلاث سنوات .

وتثبت المدة السابقة إما بمحضر رسمي عند تحرير محضر ، أو
شهادة الشهود .

ومن الثابت أن تنجح الزوجة المدعية في إثباتها ، وحتى لا يتأخر الفصل
في الدعوى خاصة إذا كان ضمنها طلب نفقة صغار - يحكم فيها عادة من
يوم الحكم - تلجأ المدعية إلى قصر الدعوى بطلب الحكم لها عليه من تاريخ
إيداع صحيفة بإعتبار أن التداعي دليل على الإمتناع ، محتفظة بالحق في
رفع دعوى مستقلة بنفقة المدة السابقة على إيداع الصحيفة ، شريطة إعلان
الدعى عليه بالقصر في حالة غيابه (م ٨٢م) مرافعات الواجبة للتطبيق) .

(١) للذكر الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢٦ بشأن اللائحة الشرعية .

والمقصود من هذه الفقرة هو اللع من سماع دعوى النفقة التي تركت المطالبة بها أكثر من ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، وليس الغرض منها منع المطالبة بها بما يزيد على ثلاث سنين ، وجواز المطالبة بمدة ثلاث سنوات فأقل - كما يدل على ذلك صريح المذكرة الإيضاحية للقانون (١) .

أما إذا كانت النفقة مقررة ومتفق على إستحقاقها ، فإنه تجوز المطالبة بها ولو لمسه أكثر من ثلاث سنوات ماضية ، ويكون الدفع بعدم السماع لأوجه له ، لأن المفروض بالتراضى كالمفروض بقضاء القاضى . كما لو كان موضوع الدعوى مبنياً على أن النفقة مستحقة فعلاً ، لرضاء المدعى عليه بتقريرها بموجب محضر الصلح الذى صدر منه (٢) .

كما أن طلب أداء ما هو مفروض بورقة عرفية عن مدة أكثر من ثلاث سنوات لا يمنع من الحكم بأدائه لقيام الورقة العرفية مقام الحكم (٣) .

٥٩- وفى مجال القوانين المكملة لللائحة الشرعية نجد المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية تنص على أن « المعلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق » . ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .. فإذا حصل الطلاق بعد صدور حكم النفقة ، لا يترتب عليه سقوط النفقة المفروضة ، إذ الغرض يظل باقياً حتى تنقضى العدة ولا تحتاج المعلقة إستصدار حكم جديد بعد الطلاق (٤) .

وإذا إنتقضت العدة بعد الطلاق ثم عادت الزوجية بعقد جديد فلا

(١) أسبوط الشرعية - جلسة ١٩٤٦/١٢/٢١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - ص ٢٠٤ .

(٢) الخليفة الشرعية - جلسة ١٩٢١/٤/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٩٠٦ .

(٣) بنى سوييف الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٢٦/٣/١٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٨ق .

(٤) كفر الزيات الشرعية - جلسة ١٩٠٦/٦/٣٠ - مجلة الأحكام الشرعية - السنة ٢ - ص ١٢٥ وما بعدها .

تستمر النفقة السابق فرضها قبل إنقضاء العدة . بل لا بد من فرض جديد^(١) .

كما نجد أيضاً أن المادتين ١٧ و ١٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية تقضيان بأحكام تتعلق بنفقة العدة والإرث وتنفيذ حكم النفقة الصابر قبل العمل بالقانون ، تحول دون التلاعب والتزوير . فنص المادة ١٧ على أنه :

« لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

كما أنه لا تسمع - عند الإنكار - دعوى الإرث بسبب الزوجة المطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق » .

فقد كان في استطاعة المطلقة أخذ نفقة عدة لمدة طويلة بدون حق ، ذلك أنها - إذا كانت مرضعة - فقد تدعى إن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة وهي سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبول في ذلك ، وبهذا تتوصل إلى الحصول على نفقة عدة مدة خمس سنين . وإذا كانت غير مرضعة قد تدعى أن الحيض يأتها مرة واحدة كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة ثلاث سنين . ولما كان هذا الإبداء خلاف العادة الشائعة في النساء كثرت شكوى الأزواج من تلاعب المطلقات وإحتيالهن لأخذ نفقة عدة بدون حق ، لذلك رضى تعديل هذا الحكم بناء على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعي وهو أن أقصى مدة الحمل سنة وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاء من سماع بعض الدعاوى التي شاع فيها التزوير الإحتيال^(٢) .

كما رضى منع سماع دعوى الورثة بسبب عدم إنقضاء العدة إذا كانت المدة بين الطلاق والوفاة أكثر من سنة سواء أكانت الدعوى من الزوجة أم من ورثتها من بعدها ، وذلك بناء على ما لولى الأمر من منع قضائه من

(١) بودسعيد الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٣١/١٢/٥ - الحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٥٥٨ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

سماع بعض الدعاوى الظاهر فيها التزوير ، وإنما قيد عدم سماع الدعوى هنا بحالة الإنكار لأنه لا مانع شرعاً من إقرار الورثة بمن يشاركونهم فى الميراث .

وتنص المادة ١٩ على أنه :

« لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على ستة من تاريخ الطلاق ، ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل ستة من تاريخ الطلاق » .

٥- طلب إعتبار الدعوى كأن لم تكن بدلاً من تركها للشطب :

٦٠- تقضى المادة ١٠٨ الملغاة من المرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية بأنه :

« إذا لم يحضر المدعى ولا وكيله فى الخصومة فى الوقت المعين وحضر المدعى عليه أو وكيله قبل سماع الدعوى فله أن يطلب إعتبار القضية كأن لم تكن . وكذلك تعتبر المحكمة القضية كأن لم تكن إذا حضر المدعى عليه أو وكيله وقررت المحكمة سماع الدعوى ولم يدع ولم يبد عذراً مقبولاً سواء حضر المدعى عليه أم لم يحضر لا هو ولا وكيله » .

فقد كان شطب القضية لا يضير المدعى ولا يحمله على متابعة قضيته إذ يمكنه تجديدها برسم قليل ، وكان فى طلب منع التعرض تكليف للمدعى عليه إقامة دعوى ، لذلك رأى إختصار هذه الإجراءات وإعطاء المدعى عليه الحق دائماً فى إعتبار القضية كأن لم تكن .

وكذلك الشأن إذا سمعت الدعوى والجواب عنها ولم يدفعها المدعى عليه بدفع يعتبر دعوى مستقلة ثم غاب المدعى فى أية جلسة بعد ذلك فللمدعى عليه طلب إعتبار القضية كأن لم تكن (م ١٠٩ من اللائحة الشرعية) .

والفرق بين الشطب وإعتبار الدعوى كأن لم تكن أن الشطب لا يلغى الإجراءات التى سبقتها فيصير إعلان الدعوى حافطاً لأثاره والإجراءات التى تمت بعد ذلك تكون صحيحة كإقرار صدر من أحد الخصوم أو شهادة شهود أو حلف يعين أو نكول عنها ، والشطب ما هو إلا تجديد للدعوى

حتى تحرك مرة أخرى فتستأنف سيرها من حيث تركه - أما إعتبار القضية كأن لم تكن فذلك موت للدعوى موتاً نهائياً وإلغاء كل ما تم من إجراءات وإبطال لكل ما ترتب من آثار على رفع الدعوى وإعلان صحيفتها ولم يبق للمدعى بعد ذلك إلا رفع دعوى جديدة إذا لم يمنعه سريان المدة عن ذلك (١) - ولم يوجد ما يقضى بعدم سماع الدعوى التي شطبت ، لأن ذلك لم يمكن فصلاً فيها ، إذ الشطب نوع من إيقاف السير فيها مع قيام الخصومة كما نص على ذلك منشور الحقانية رقم ١٣ في ١٩/٥/١٩٢٣ وما دامت الخصومة قائمة فلا مانع من سماعها (٢) .

إن التفات مما تجدد ومجرد العجز عن الإثبات مع شطب الدعوى لا يمنع من رفعها مرة أخرى ليستوفى المدعى باقى حقه مما يمكن أن تثبت به الدعوى (٣) .

وقضى فى دعوى بطلب نفقة زوجته .

شطبت بجلسة ١٩٧٥/٧/١ .

جديتها المدعية بصحيفة تجديد قدمت لقلم كتاب المحكمة فى ١٩٧٥/٩/٢٧ وأعلنت قانوناً للمدعى عليه فى ١٩٧٥/١٠/٤ ويجلسه ١٩٧٥/١٠/٢٣ حضرت المدعية وحدها ، وصممت على الدعوى .. وشرحتها .. فحجزتها المحكمة للحكم فيها بجلسة ١٩٧٥/١١/١٣ ، وفيها قضت بإعتبار الدعوى كأن لم تكن (٤) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الدفع بإعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب فى الميعاد المقرر فى المادة ٨٣ مرافعات وإن كان

(١) متول الشرعية - جلسة ١٩٥١/٥/٢٨ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٣ - ص ٤٣٦ .

(٢) العياط الشرعية - جلسة ١٩٢٨/١٠/٢٤ - للحاماة الشرعية - السنة ١ - ص ٢٤٨ .

(٣) الصف الشرعية - جلسة ١٩٢٢/٢/١٥ - للحاماة الشرعية - السنة ٥ - ص ١١٠ .

(٤) تلا - جلسة ١٩٧٥/١/١٣ - القضية ١٥٠ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى .

يقع بقوة القانون إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام ، وإنما هو مقرر لمصلحة المدعى عليه وحده - إذ كان ذلك ، وكان الحكم قد قضى بإعتبار الدعوى كأن لم تكن دون الدفع به من المدعى عليه ، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون وبالخطأ فى التطبيق .

أدخل القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على نص المادة ٨٣ من قانون المرافعات حكماً يقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يحضر للمدعى فى أية جلسة لاحقة على تجديد الدعوى من الشطب .

ولا يمنعه من ذلك من رفع دعوى جديدة بذات الطلبات ، طالما أن الحق الذى تميمه الدعوى ما زال قائماً لم يتقادم .

سماع الخصومة بغير إعلان :

٦١- كان يمكن سماع الخصومة الشرعية أو الجزئية أو الكلية إذا حضر الخصمان أمام القاضى (١) ، وهو طريق للتداعى غير معروف فى أصول المرافعات المدنية - فقد كانت المادة ٤٥ من اللائحة الشرعية تنص على أنه :

« إذا حضر المدعى والمدعى عليه أمام القاضى من تلقاء أنفسهما وطلبا سماع خصومتها وكانت جزئية ، فللقاضى أن يسمع الدعوى فى الحال ويفصل فيها إن أمكن ، وإلا حدد لها جلسة أخرى ، وإن كانت كلية (٢) فإن كانت الجلسة منعقدة سمعت دعواهما وفصلت فيها إن أمكن » وإلا حددت لها جلسة أيضاً ، وإن لم تكن منعقدة أمر رئيس المحكمة أو نائبه الكاتب بأن يأخذ أقوالهما بين يديه ، فإذا رأى ضرورة لعقد الجلسة فى الحال وتيسر

(١) وبهذا خرجت قضايا المعارضة والقضايا الاستثنائية لأن لرفعها طريقاً ومواعيد مقرر .

(٢) وقد قضى بأن النص الفقهى يوجب على القاضى سماع دعوى المدعى عليه ما دام خصمه حاضراً ويريد الإدعاء عليه (العياط الشرعية - جلسة ١٠/١٠/١٩٩٧ - المحاماة الشرعية - لسنة ١ - ص ٢١٢) .

ذلك أمر بإنعقادها وفصلت فيها ، وإلا لحالتها على جلسة من جلسات المحكمة (١) .

طبيعة دعوى الحسبة :

٦٢- الحسبة لغة : العدد والحساب والإحتساب الإنكار على الشيء ، وفى الشريعة الإسلامية : هى الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهى عن المنكر إذا ظهر فعله (٢) .

والأساس التشريعى للحسبة ما ورد بالقرآن الكريم من وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، مثل قوله تعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » ، وقوله : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » ، وقوله : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » ، وقوله : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو بالوالدين والأقربين » .

وما ورد فى الحديث من قول الرسول ﷺ : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه ... » . وقوله : « بنس القوم قوم لا يأمرون بالقسط وينس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر » .

والأمر بالمعروف هو الأمر بكل ما فرضه الشارع الإسلامى ، والنهى عن المنكر هو النهى عن كل ما يخالف أحكام الشارع الإسلامى .

والحسبة فعل ما يحتسب عند الله ، وهى من فروض الكفاية ، وتصدر عن ولاية شرعية أضفاهما الشارع على كل من أوجبها عليه .

(١) يشترط لسلوك هذا الطريق الإستثنائى فى التقاضى قيام نزاع (منشور الحقانية) رقم ٢٤ فى ١٩١٨/٨/١٢ .

(٢) الحسبة فى الشريعة الإسلامية - بحث - للأستاذ على حسن فهمى - المجلة الجنائية - المجلد ٤ - ١٩٦١ - ص ٣٢٧ وما بعدها والمراجع العديدة التى أشار إليها فيه .

والحسبة خاصة بالدعاوى القضائية والخصومات فى حقوق الله تعالى
التي يطلب من القاضى الفصل فيها بحكم قضائى فى دعوى وخصومة
شرعية يكون المحتسب فيها مدعياً وشاهداً بما يدعيه (١) .

ولا تنقيد دعوى الحسبة بشرط الإذن أو التفويض من ولى الأمر (٢) .

وبتاريخ ١٩٩٦/١/٢٩ صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٦ (ونشر
بالجريدة الرسمية بالعدد ١٤ مكرر فى ١٩٩٦/١/٢٩) بشأن تنظيم
إجراءات مباشرة دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية .

وقد نص على إختصاص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع
الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة . وعلى من يطلب
رفع الدعوى أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة يبين فيه موضوع
طلبه والأسباب التي يستند إليها مشفوعة بالمستندات التي تؤيده وللنيابة
العامة بعد التحقيقات أن تصدر قراراً برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية
المختصة أو بحفظ البلاغ .

ولا يجوز لمقدم البلاغ أن يتدخل فى الدعوى أو أن يطلعن فى الحكم
الصادر فيها .

وتحيل المحاكم من تلقاء نفسها ودون رسوم ما يكون أمامها من
دعاوى حسبة لم يصدر فيها أى حكم إلى النيابة العامة المختصة بالحالة التي
تكون عليها . ويعلمن قلم الكتاب الخصوم بأمر الإحالة .

٦٣- وصورة دعوى الحسبة الغالبة فى العمل الشرعى أن ترفع
دعوى تفريق من شخص مسلم قادر مكلف ضد زوج وزوجته لوجود
سبب من أسباب التحريم المؤبد ، كان تكون الزوجة مسلمة والزوج غير
مسلم أو أن يكون بينهما حرمة كالرضاعة أو أن تكون زوجة الغير حقيقة

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٥/٢٩ - للحاماة الشرعية السنة ٢- العدد
١ و٢ - ص ٥٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٣٠ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى -
العدد ٢ - ص ٧٨٢ وما بعدها .

أو حكماً ، كأن تكون أخت لزوج أخرى له ... ونحو ذلك .

وقد قضى (١) بأنه لما كانت هذه الدعوى من دعاوى الحسبة (طلب التفريق بين الزوجين والأمر بالكف عن المعاشرة معاشرة زوجية قبل أن يحال للمدعى عليها الثانية للمدعى عليه الأول غيره) لأن الحسبة إسم من الإحتساب وهو الأجر والثواب عند الله ، وهى إنما تكون من حقوق الله تعالى ، وهى الحقوق التى يعود نفعها على الناس كافة لا على أشخاص بأعيانهم ، وهذه الدعوى منها ، لأن حل مباشرة المرأة وحرمتها من حقوق الله تعالى الواجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها ، فتسمع فيها الدعوى والشهادة حسبة من أى إنسان ، ويكون المدعى فيها مدعياً وشاهداً بما يدعيه ، فكان قائماً بالحقوق من جهة الوجوب وشاهداً من جهة تحمل ذلك ، نص على ذلك فى كثير من الكتب المعتبرة التى منها كتاب الوقف والشهادة من الدر المختار ورد المحتار والتكملة .

ومن حيث أن المدعى قرر أنه يدعى ويشهد حسبة الله تعالى بما ذكر فهو لو شأن فى الخصومة وتتوجه منه على المدعى عليهما لأن الخصومة فى هذه الحالة فرض كفاية على كل مسلم قادر ، وفرض عين على المسلم القادر الذى لم يقم به غيره .

وقضى أيضاً (٢) بأن الحسبة هى فعل ما يحتسب عند الله ، وفى إصلاح للفتهاء هى أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن منكر إذا ظهر فعله ، وهى من فروض الكفاية ، تصدر عن ولاية شرعية أصيلة - أو مستمدة - أضافها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها وذلك بالتقدم إلى القاضى بالدعوى والشهادة لديه لو بإستدعاء وإلى المتسبب وإلى اللتالم . أو دعوى الحسبة تكون فيما كان حق الله فيها

(١) جرجا الشرعية - جلسة ١١/٢٦/١٩٧٧ - القضية ١٧٩٥ سنة ١٩٩٦ - للمامنة الشرعية - السنة ٢ - ص ٣٥٥ .

(٢) نقض - جلسة ٢٠/٣/١٩٦٦ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى وأحوال - ص ٧٨٢ وما بعدها .

كالدعوى بإثبات الطلاق البائن وبالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد .
وجمهور الفقهاء اتفق على عدم تقيد دعوى الحسبة بشرط الإنان أو
التفويض من ولي الأمر .

إن دعوى الحسبة هي الدعوى التي تكون بحق الله تعالى فقط ، لا
يطالب فيها المدعى حقاً لنفسه (١) .

إن الحسبة إسم من الإحتساب وهو الأجر والثواب عند الله وهي إنما
تكون في حقوق الله تعالى ، وهي الحقوق التي تعود منفعاتها على العامة
كلهم لا على أشخاص بعينهم ، لأن الحقوق نوعان : حق الله وحق للعبد .

إن مدعى الحسبة يكون شاهداً بما يدعيه فكان قائماً من جهة الوجوب
وشاهداً من جهة تحمل ذلك - ولكن غلب عليه إطلاق شاهد الحسبة دون
إطلاق مدعى الحسبة ، وهو في الحقيقة مدع وشاهد في أن واحد ، فلا بد أن
يدعى بما يشهد به وإن لم يوجد مدع غيره فيكون مدعياً كما يكون شاهداً
ولا تتم دعواه بدون الشهادة (٢) .

تلك كانت السمات المميزة للدعوى الشرعية ، التي تكسبها ذاتية
خاصة .

كما أن إثبات الدعوى الشرعية ، وتنفيذ الحكم الصادر فيها سمات
مميزة أيضاً سوف نعود إليها عند الكلام في نظرية الإثبات وفي نظرية
التنفيذ .

**ثانياً - الأحكام العامة في المرافعات المدنية ، في سريان
القوانين ، والمواعيد ، والإعلان ، والبطالان :**

٦٤- تتضمن الأحكام العامة للمرافعات المبادئ التالية والتي ليس في
اللائحة الشرعية مواد سارية تماثلها ، وتلك المبادئ تنص على قانون
المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ .

(١) الزقاق الشرعية - جلسة ١٨/٢/١٩٣٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٩ -
ص ٧٦٦ .

(٢) مصر الشرعية - جلسة ٢٦/٧/١٩٤٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٦ -
ص ٢٢٩ .

سريان قانون المرافعات :

٦٥- الأول - إن قوانين المرافعات تسرى على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى ، أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل العمل بها - فإذا ثبت علم الملعون ضده بالظعن وقدم مذكرة فى الميعاد القانونى بالرد على أسباب الطعون ، فإن الغاية التى يبتغيها المشرع من الإجراء تكون قد تحققت (١) ويستثنى من ذلك :

١- القوانين المعدلة للإختصاص متى كان تاريخ العمل بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى .

ويقصد بهذه القوانين تلك التى تغير الولاية القضائية أو الإختصاص النوعى أو القيمى أو المحلى ، دون تلك التى تلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء ، إذ أنها تسرى بآثر قوى حتى على الدعاوى التى قفل فيها باب المرافعة قبل العمل بها ما دام لم يفصل فيها قبل ذلك (٢) .

وتذهب محكمة النقض (٣) إلا أنه لا يمتنع على الخصوم تعديل الطلبات إلا بعد إقفال باب المرافعة - شفوياً أو كتابية - وهو لا يعد مقفولاً

(١) نقض - جلسة ١٩٧٤/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى وأحوال - ص ٢٧٧ .

(٢) يراجع فى تفصيله (قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن) - للأستاذين محمد وعبد الوهاب العشماوى - طبعة ١ - جزء - بند ٤٩ ، والمستحدث فى قانون المرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١٩٦٨ - ص ٣٢ ، وطبعة ١١-١٩٧٥ - ٢٦ ، والقانون القضائى الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - طبعة ١٩٧٤ - جزء ١ - ص ٢٢ ، وقانون المرافعات - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - طبعة ٥ - ١٩٦٣ - ص ٢١ ، وتلذين المرافعات - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - ص ٢٦ وما بعدها ، والتعليق على قانون المرافعات الجديد - للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - طبعة ١ - ١٩٦٨ - ص ٣ و ٤ ، ومبادئ قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ١٥ ، والمرافعات المدنية والتجارية للدكتورين عبد النعم الشرقاوى وفتحى والى - طبعة ١٩٧٦ - ١٩٧٧ - ص ٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى - ص ٤٦٧ .

في حالة الترخيص للخصوم بتقديم مذكرات في فترة حجب الدعوى للحكم إلا بإنتهاء الأجل الذي حددته المحكمة لتقديم المذكرات فيه (١) .

٢- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها ..

فإذا إستحدث القانون الجديد ميعاداً من مواعيد السقوط ، فإنه يخضع لحكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

لكن هذه الفقرة لا تسرى على حالة إلغاء القانون الجديد للميعاد حتى لو كان هذا الميعاد قد بدأ قبل العمل به ، بل يسرى عليه القانون الجديد باثر فوري ، فيعتبر إكتماله عديم الجدوى ، كما لا يسرى هذا الحكم على المواعيد التي لم يكن منصوصاً عليها في قانون سابق ولو كان الميعاد قد قرره الفقه والقضاء في ظل القانون القديم بغير نص (٢) .

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها ، متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة بطريق من تلك الطرق .

فإذا أنشأ القانون طريق طعن لم يكن موجوداً في ظل التقنين الملقى ، فإن الحكم الصابر قبل العمل بالقانون الجديد يخضع لأحكام القانون القديم من حيث عدم جواز الطعن فيه حتى ولو كانت مواعيد الطعن المنصوص عليها في القانون الجديد ما زالت قائمة ، ولعرفة القانون الواجب التطبيق على طرق الطعن ينظر إلى تاريخ صدور الحكم إلى وقت إعلانه أو وقت رفع الطعن (٣) .

(١) والمقصود هو إقتال باب المرافعة في الدعوى برمتها أي الحكم في الموضوع . لما إذا كان قد قفل باب المرافعة في مسألة فرعية تتعلق بالإثبات أو بسير الدعوى ، فلا يجوز للمحكمة الحكم فيها ، ويتعين أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة (نقض - جلسة ١٩٥٠/٢/١٠ مجموعة للمكتب الفني - السنة الأولى - مدني - ص ١٥٠ ، والمرافعات للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٨ - ١٩٦٥ - هامش بند ١٢) .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ ، الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣٤ ق .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦١/٣/٢٤ ، والمكتب الفني ، السنة ١٣ ، العدد ١ مدني ، ص ٢٥١ .

أما إذا رفع الطعن في ظل القانون الجديد فإنه يخضع في إجراءاته ونظيره وأثاره للقانون الجديد الذي رفع في ظله (١) .

مواعيد المرافعات :

٦٦- الثاني - إن كل إجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ، ما لم ينص على غير ذلك .

ولا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذي إستحدثها (م ٢ مرافعات جديد) .

ويقصد بمواعيد السقوط كل إجراء يؤدي إلى زوال أثر الإجراء ما دام مترتباً على مخالفة ميعاد (٢) .

الثالث - إذا كان القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية يحدد للخصم ميعاداً لإتخاذ صفة ، كان له أن يطالب تأجيل الدعوى حتى ينتقض هذا الميعاد ، وذلك دون إخلال بحقه في إيداء ما لديه من دفعوع بعد إنتهاء الأجل (م ٤) .

الرابع - إذا نص القانون على ميعاد حتمى لإتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله (م ٥) (٣) .

الخامس - كل إعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ، ويقوم الخصوم أو وكلاؤهم بتوجيه الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين لإعلانها أو تنفيذها ، كل هذا ما لم

(١) نقض ، جلسة ١٧/١٢/١٩٥٩ ، للمكتب الفني ، السنة ١٠ ، العدد ٣ ، مدنى ، ص ٨٢٦ .

(٢) قانون المرافعات - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ص ٢٩ ، ومدونة الفقه والقضاء في المرافعات - للأستاذ أحمد أبو الخير ونصر الدين كامل وعبد العزيز يوسف - جزء ١ - ص ٣٤٠ .

(٣) والميعاد الحتمى كل ميعاد يرتب القانون على إحترامه جزاء ، أي كان نوع هذا الميعاد ، وسواء نص عليه في قانون المرافعات أو غيره ، سواء من المواعيد التي يأمر بها القضاء بتنفيذاً للقانون ويرتب جزاء على عدم إحترامها ، أو من المواعيد المتفق عليها بين الخصوم (المدونة - المرجع السابق - جزء ١ - بند ٢٥٥) .

ينص القانون على خلاف ذلك - ولا يسأل المحضرون إلا عن خطئهم في القيام بوظائفهم (٦٠) .

أوقات الإعلان والتنفيذ :

٦٧- الأساس - لا يجوز إجراء أي إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً ولا في أيام العطلة الرسمية إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقفية (٧٠) (١) .

وتحريم الإعلان في الأوقات المحظورة مبنية على إقلال الناس في أوقات راحتهم أو عطلاتهم ، ولا يعد الإمتناع عن إستلام الإعلان في هذه الحالة رفضاً يجيز الإعلان مع رجال الإنارة ، إذا لو تم على هذا الوجه الأخير كان الإعلان باطلاً (٢) .

وهذا بالعطلة الرسمية تلك التي تعطّل الحكومة مصالحها فيها وليس المواسم .

ومع ذلك يجوز الإعلان في الأوقات المحظورة إستثناء من الأصل العام بإذن من قاضي الأمور الوقفية يصدره على عريضة بعد التحقق من دواعي الضرورة والضرر الذي قد ينجم من الإنتظار ، وفي هذه الحالة تعلن الورقة وإذن القاضي في وقت واحد (٣) .

أوجه إمتناع المحضر عن الإعلان :

٦٨- السابع - إذا تراءى للمحضر الإمتناع عن الإعلان وجب عليه عرض الأمر فوراً على قاضي الأمور الوقفية ليأمر بعد سماح طالب الإعلان

(١) وقد قضى بأنه لا يجزى للمطعون ضد التمسك بعدم ذكر الساعة في ورقة إعلان الطعن طالما أنه لم يدع حصوله على ساعة لا يجوز إجرائه فيها (نقض - جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ مجموع للكتب الفني - السنة ٢٠ - مدني - س ١٣٠٢) .

(٢) مدونة الفقه والقضاء في الارتفاعات للأساتذة أحمد أبو الوفا - ومحمد نصر الدين كامل ومحمد عبد العزيز يوسف - جزء ١ - ص ٣٤٨ .

(٣) الوسيط في الارتفاعات للدكتور رمزي سيف - طبعة ٥٢٢ هـ ، وقواعد الارتفاعات - للأساتذة محمد وعبد الوهاب الشهلاوي - جزء ١ - ص ٧٢٢ .

بإعلان الورقة أو عدم إعلانها أو بما يرى إسخاله عليها من تغيير ، وللطالب أن يتظلم من هذا الأمر إلى المحكمة الابتدائية في غرفة المشورة لتفصل نهائياً في التظلم بعد سماع المحضر والطالب (٨٦) .

ومن أسباب إمتناع المحضر عن الإعلان أن تتضمن الورقة ما يخالف الآداب والنظام العام . إذ أن في قيام المحضر بالإعلان في هذه يعد مشاركة في المخالفة ، وكذلك أن تكون الورقة المراد إعلانها بحالة لا تقراً (بخط ردىء أو بكتيون غير واضح) .

ذلك أن المحضر موظف عمومي طبيعة عمله قضائية (١) .

بيانات أوراق المحضرين :

٦٩- الثامن - يجب أن تشمل الأوراق التي يقوم المحضرين بإعلانها (٢) على البيانات التالية :

- ١- تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان .
- ٢- إسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وإسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه كذلك أن يعمل لغيره .
- ٣- إسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها .
- ٤- إسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، فإن لم يكن موطنه معلوماً وقت الإعلان فأخر موطن كان له .
- ٥- إسم وصفة من سلم إليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل وإثبات إمتناعه وسببه .

(١) ينظر في طبيعة عمل المحضر في مصر : للمحكمة الابتدائية - جلسة ١٩٥٠/١/٢٦ - الحاماة - السنة ٢٩ - س ١٢١٥ ، وقانون المرافعات - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - طبعة ٥ - س ٤٧ - هامش ٢ .

(٢) وقد قضى بأن بطلان أوراق التكاليف بالمحضر لبيت في الإعلان ، وبطلان نسبي مقرر لصحة من شرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة الدفع به من تلقاء نفسها ، وإنما يجب على الخصم الذي تقرّر هذا البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة للوضوح (نقض ، جلسة ١٩٧٧/١٢/٧ - الحاماة - السنة ٤٩ - العدد ١ - رقم ٣٣ - س ٤٢ وما بعدها) .

٦- توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة (٩م) .

فإنما وقع في البيان نقص أمكن تكملته من باقى بيانات الورقة (١) .

وإن المعمول عليه أن تحدد شخصية المعلن تحديداً لا لبس فيه وإلا بطل الإعلان (٢) .

ولا يجوز تكملة النقص الموجود بورقة التكليف بالحضور بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها ، ولحكمة الموضوع أن تثبت البيانات الصحيحة التي كانت تتضمنها الورقة الأصلية بكافة طرق الإثبات وبأوراق الدعوى (٣) .

المراد بسبب الإمتناع عن إستلام صورة الورقة الذى يتعين على المحضر بيانه هو سبب الإمتناع عن التوقيع على الأصل لا سبب الإمتناع عن إستلام صورة الورقة ، لأن التوقيع هو الذى يشهد على الإستلام ومن ثم تمام الإعلان (٤) .

ومتى كان المحضر قد أورد إسمه وتوقيعه فى الورقة وصورتها إنتفى البطلان أو كان الخط والتوقيع غير مقروئين ، ما دام لم يدع أن من قام بالإعلان من غير المحضرين (٥) ، إذ بذلك يتحقق ما قصدت إليه المادة ١٠ مرافعات سابق (٩م جديد) (٦) .

ما حكم إختلاف أصل الإعلان عن الصورة المعلقة :

٧٠- يتم إعلان الصحيفة - عملاً - من أصل وصورة تودع بملف الدعوى وصوراً يقدر عدد الخصم المراد إعلانهم ، وقد يشوب الأصل أو

(١) نقض ، جلسة ١٩٥٣/١/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٤ ، مدنى ، ص ٣٢٨ .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٩ ، المرجع السابق ، السنة ١٤ مدنى ، ص ٨٧٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ - المرجع السابق - السنة - السنة ١٨ - مدنى - ص ٤٠ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/١ - الطعن رقم ٢٨٣ السنة ٣٤ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٨/٦/١ ، المرجع السابق ، السنة ١٢ ، مدنى ص ٧٢ ، ونقض

جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، المرجع السابق ، السنة ٢٠ ، ص ١٣٢٢ .

(٦) نقض ، جلسة ١٩٧٠/٥/٥ ، المرجع السابق ، السنة ٢١ ، ص ٧٨٧ .

الصورة عيب تتخلف بسببه بيانات الصحيفة كلها أو بعضها . فما حكم هذا الخلاف (١) .

١- إذا كان العيب في الأصل وحده دون الصورة - فإنه ليس للمعلن التمسك به لأنه من فعله أو من فعل المحضر الذي يعمل بإسمه .

أما المعلن إليه - فيما أن يقدم الصورة - للمعلن إليه - إلى المحكمة ، وعندئذ ليس له أن يتمسك بالعيب الذي شاب الأصل ذلك لأن إستلزم إيراد بيانات معينة في أصل لتحقيق مصلحة المعلن إليه ، وقد تحققت تلك المصلحة بإيرادها بالصورة للمعلن إليه .

أما إذا لم يقدم المعلن إليه الصورة للمعلن إليه إلى المحكمة ، فإذا كان الأصل أن صورة الإعلان طبق أصله ، وأن مؤدى ذلك أن العيب الذي يشوب الأصل موجوداً أيضاً في الصورة ، ومن ثم فقد حق للمعلن إليه التمسك بالعيب .

٢- إذا كان العيب في الصورة وحدها دون الأصل - فإنه ليس للمعلن كذلك - أن يتمسك به لأنه من فعله أو من فعل المحضر الذي يعمل بإسمه .

أما المعلن إليه فإن له أن يتمسك بهذا العيب على أساس أنه عيب في جزء من الإعلان ، بشرط أن يقدم الصورة للمعلن إليه ، فإن لم يقدمها وكان الأصل غير مشوب بعيب ، وإذا كانت الصورة مطابقة للأصل ، فإنه لا يكون للمعلن أن يتمسك بعيب في الصورة التي لم يقدمها للمحكمة (٢) .

(١) يراجع في هذه الأحكام : المرافعات المدنية والتجارية - للدكتورين عبد المنعم الشرفقاري ومحمي وإلى - طبعة ١٩٧٦ / ١٩٧٧ (الكتاب الثاني ، ص ٧٧ وما بعدها ، والمرافعات المدنية والتجارية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١١ - ١٩٧٠ - ص ٤٦١ وما بعدها ، ومبادئ قانون القضاء المدني - للدكتور فتحي وإلى طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٣٦٤ وما بعدها ، والموجز في مبادئ القضاء المدني - للدكتور وجدي رافعي - طبعة ١ - ١٩٧٧ - ص ٢٧٠ وما بعدها ، والوسيط في المرافعات - للدكتور رمزي سيف - طبعة ٩ - ص ٤٢٨ وما بعدها .

(٢) نقض ١٠ / ١٠ / ١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ - مدني - ص ٩٠٢ وقد جاء به أن ليس للمحكمة - عند عيب المعلن إليه وعدم تقديم الصورة أن -

٢- فلإننا وجد تناقض بين الأصل والصورة (فى تاريخ الإعلان مثلاً) فلا اثر لهذا الخلاف إذا كان لا يؤثر فى صحة العمل الإجرائى (الإعلان) ، إذ يعتبر الإعلان قد تم خلال الميعاد المقرر فى القانون طبقاً لأى التاريخين^(١) .
لما إذا كان الخلاف يخفى عيياً ، فينظر فيما إذا كان العيب فى أصل الإعلان أو فى صورته ، وتطبق عليه القواعد السابقة .

ولا يجدى التمسك بعدم ذكر الساعة فى ورقة الإعلان طالما لم يدع حصوله فى ساعة لا يجوز إجراء الإعلان فيها^(٢) .

وقد استقر القضاء على أن يؤخذ بإجابات من خاطبه المحضر فى موطن الملن إليه لتحديد صفته وتوافر شروط تسليمه الإعلان عند البحث فى صحة هذا التسليم ، وبمباراة أخرى ليس على المحضر أن يتحقق من صحة أقوال من يخاطبه فى موطن الملن إليه . ويكفى أن يحصل التسليم لمن وصف نفسه بأوصاف تجعل هذا التسليم صحيحاً ، بشرط أن يكون مميزاً ومدركاً لأهمية الإعلان وضرورة تسليم ورقته إلى الملن إليه ، ذلك أن المحضر غير مكلف بالتحقق من صحة من يتقدم إليه لإستلام الإعلان ممن ورد بيانهم فى المادة ١٢ مرافعات (المادة ١٢ مرافعات المقابلة للمادة ١١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) طالما أن الشخص قد خوطب فى موطن المراد إعلانه . ومتى تم الإعلان على هذه الصورة ، فلا محل للتمسك بعدم وصوله ولو ادعى الملن إليه أن الصفة التى قررها متسلم الإعلان غير صحيحة^(٣) .

وتؤكد أحكام النقض ضرورة ذكر صفة من تسلم صورة الإعلان

= تنص بالطلان وهو نسبى - لعيب مزعوم خلا منه الأصل للمقدم للمحكمة .

(١) نقض - جلسة ١٩٥٧/١/٥ - للرجع السابق - السنة ٧ - مدنى - ص ٥٩ .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ ، للرجع السابق ، السنة ٢٠ ، ص ١٣٠٢ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦٣/٢/٥ ، للرجع السابق ، السنة ١٠ ، مدنى ، ص ١٩٩ ،

ونقض ، جلسة ١٩٦٣/٥/٣ ، للرجع السابق ، السنة ١٤ ، ص ٧٦٩ ، ونقض

جلسة ١٩٦٦/٣/١٧ ، للرجع السابق ، السنة ١٧ ، ص ٢١٨ ، ونقض ، جلسة

١٩٧٠/٤/٢٣ للرجع السابق ، السنة ٢٥ ، ص ٦٨٩ ، ونقض - جلسة

١٩٧٢/١١/٢٩ - للرجع السابق - السنة ٢٤ - مدنى - ص ١١٩٤ .

وعدم كفاية ذكر إسمه (١) .

وتقرر محكمة النقض أن القانون لا يوجب على المحضر إرفاق إيصال الخطاب الموصى عليه (المسجل) بأصل الإعلان ، وغاية ما يتطلبه أن يرسل المحضر ذلك الخطاب فى الميعاد ، وأن يثبت ذلك فى محضره (٢) .
وأن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يجب إبدائه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه (٣) .

التاسع - تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه (٤) ويجوز تسليمها فى الوطن المختار فى الأحوال التى بينها القانون .
فإذا صدر توكيل لأحد المحامين ، فإنه يجوز إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى فى درجة التقاضى الموكل فيها فى موطنه (٥) .

وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقر أنه وكيله وأنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار (م ١٠) ، فإذا أغفل المحضر إثبات عدم وجود المطلوب إعلانه أو أغفل بيان العلاقة بينه وبين من تسلم

(١) أصول للرافعات ، الدكتور أحمد مسلم ، طبعة ١٩١٩ ، ص ٤٠٠ وما بعدها ،
والوسيط فى شرح قانون الرافعات المدنية والتجارية ، للدكتور رمزى سيف ،
١٩٦٩ ، ص ٤٢٢ وما بعدها . ونقض ، جلسة ١٩٦٠/٢/٢١ مجموعة المكتب
الفنى ، السنة ١١ مدنى ، ص ٢٢٦ وما بعدها .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٥٩/١٢/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٠ - مدنى -
ص ٨٧٩ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ ، للحامسة ، السنة ٤٩ ، العدد ٨ ، رقم ٤٧ ،
ص ١٢٤ .

(٤) وتحديد للمادة ٤٠ مدنى للوطن بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة هو - على
ما جرى به قضاء محكمة النقض - تصوير واقعى مرتبط على الإقامة الفعلية ،
ومؤدى ذلك إلا بعد المكان الذى يتلقى فيه الطالب العام - دون أن يقيم فيه -
موطناً (نقض جلسة - ١٩٦٩/٥/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ -
العدد ٢ مدنى - ص ٩٠٢ .

(٥) نقض ، جلسة ١٩٢١/٢/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٣ ، العدد ١ ،
ص ٣٩٢ .

صورة الإعلان أو أن هذا الأخير يقيم معه ، فإنه يترتب على ذلك بطلان الإعلان (١) .

فمذلل العائلة لا يعتبر موطناً إلا إذا ثبتت إقامة الشخص فيه وعلى وجه الإعتياد والإستيطان (٢) ، وإن تقدير قيام عنصرى الإستقرار ونية الإستيطان اللازم توافرهما فى الوطن من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع (٣) . وإن محل التجارة يعتبر موطناً للتاجر - بجانب موطنه الأصلي - بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذه التجارة (٤) ، ويتعين ثبوت غياب المعلن إليه عن موطنه الأصلي حتى يمكن تسليم الصورة إلى من أوربتهم المادة ، وعلى المحضر فى هذه الحالة أن يورد هذا البيان فى الورقة (٥) . ولكن ذلك ليس باللازم فى حالة الإعلان للموطن المختار (٦) ، كما أن المساكنة شرط لتسليم الورقة إلى الأزواج والأقارب والأصهار (٧) ، ويطلق الإعلان فى غير موطن المدعى عليه بطلان نسبه مقرر لمصلحة المعلن إليه وليس لغيره أن يتمسك به

والوطن الأصلي هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما (م ٤٠ مدنى) .

الأصل فى الإعلان أن تصل الورقة المعلنة إلى المعلن إليه علماً يقينياً بتسليمها لشخصه ، إكتفاء للشرع بالعلم الظنى بالإعلان فى الوطن أو

(١) نقض ، جلسة ١٩٧١/١/٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٢ ، ص ٢٨ .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ ، المرجع السابق ١٧ ، مدنى ، ص ٥٢ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ ، مدنى ، ص ٦٢٧ .

ونقض جلسة ١٩٦٩/٥/١٧ ، المرجع السابق ، السنة ٢٠ ، مدنى ، ص ٨٠٢ .

ونقض جلسة ١٩٧١/١١/٩ - المرجع السابق ، السنة ٢٢ ، ص ٨٢٢ .

(٤) نقض ، جلسة ١٩٦٦/١/٤ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ ، مدنى ، ص ٣٢ .

ونقض ، جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٩ ، المرجع السابق ، السنة ١٢ ، مدنى ، ص ٣٤ .

(٥) نقض ، جلسة ١٩٦٠/٥/٥ - المرجع السابق ، السنة ١١ ، ص ٣٢٤ .

(٦) نقض ، جلسة ١٩٦٢/٣/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٤ ، مدنى ، ص ٣٤٢ .

(٧) نقض ، جلسة ١٩٦٧/١/٥ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، مدنى ، ص ٩٢ .

بالعلم الحكيم بتسليم الصورة للنيابة كما في إعلان للقيم بالخارج في موطن معلوم (١) .

كيفية تسليم الورقة الملعة :

٧١- العاشر - إننا لم نجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة (أي المادة ١٠ من قانون المرافعات الجديد) أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن الإستلام ، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال .

وعلى المحضر - خلال أربع وعشرين ساعة - أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإنارة (٢) .

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حيث في أصل الإعلان وصورته ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً (م ١١٦) (٣) .

فلا يصح الإعلان لجهة الإنارة إلا في حالة عدم وجود الشخص المراد إعلانه أو من يصح تسليم الصورة إليه أو امتناع من وجد عن الإستلام . وينبئ على ذلك عدم إعلان الخصم في موطنه الأصلي أو المختار للبين في

(١) نقض ، جلسة ١٩٧١/١١/٣٠ ، مجموعة المكنب الفني . السنة ٢٢ ، العدد ٣ ، فني وأحوال ، ص ٩٤٦ .

(٢) فقد صدر مؤخراً القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ (النشور بالجريدة الرسمية - في ١٩٧٤/٧/٢٩ - العدد ٣٠ مكرر) بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وقد نصت المادة ٢ منه باستبدال الفقرة الثانية من المادة ١١ مرافعات لتقتضي بما جاء بالمتن ومؤدى ما نصت عليه أن الإخطار بالإعلان لم يعد أمراً واجباً إلا في حالة واحدة هي في حالة تسليم الإعلان إلى جهة الإنارة .

(٣) تراجع المبادئ المشار إليها في التعليق على المادة ٤٠ مرافعات (التاسع) والواسطي الجزئية - جلسة ١٩٧٣/٤/٢٨ - القضية ١٩ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس (بتجريد نفقة) والقضايا ١١٦ سنة ١٩٧٤ و ٨٤ سنة ١٩٧٤ و ١٣٦ سنة ١٩٧٤ و ١٩٧١ و ١٣١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس مركز مباط .

ورقة إعلان الحكم قبل تسليم الصورة إلى الإدارة يترتب عليه بطلان الإعلان (١) .

ومتى كان المحضر إذ سلم صورة الإعلان إلى الضابط المنوب بالقسم لم يثبت في محضره أنه إنتقل فعلاً إلى محل المعلن إليه وأنه وجد المحل مغلقاً ، وكان هذا البيان لازماً لصحة الإعلان - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إذ بدونه لا يمكن التحقق من أن المحضر قد إنتقل إلى محل المراد إعلانه وشاهد بنفسه المحل مغلقاً ، فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلاً (٢) .

إذا كان الحكم قد قضى بقبول الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف لأن المحضر أعلن المطعون عليه في مكتبه مخاطباً مع الأنسة (.....) دون أن يثبت غيابه وقت الإعلان . وكان يتعين عند إجراء الإعلان في هذا الموطن الأصلي وجوب ثبوت الشخص المطلوب إعلانه عن موطنه في حالة تسليم الصورة إلى وكيله أو خادمه أو غيرهما ممن ورد ذكرهم بهذه المادة وبيان ذلك في محضر الإعلان وصورته ، بحيث إذا أغفل المحضر إثبات هذا البيان ترتب على ذلك بطلان الإعلان (٣) .

إن إعلان الأوراق القضائية إلى النيابة بدلاً من إعلانها لشخص أو محل إقامة المعلن إليه إنما أجازته القانون على سبيل الإستثناء ولا يصح اللجوء إليه إلا إذا قام المعلن بالتحريات الكافية الدقيقة التي تلزم كل باحث مجد حسن النية للتقصى عن محل إقامة المعلن إليه وثبت أنه رغم ما قام به من البحث لم يهتد إلى معرفة محل إقامة المراد إعلانه ولا يكفى أن ترد الورقة بغير إعلان ليسلك هذا الطريق الإستثنائي (٤) . وأن كفاية التحريات أمر

(١) نقض ١٩٦٢/١/٢٤ - مجموعة للكتب الفن - السنة ١٢ - ص ٨٢٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٢/١٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ٤ - ص ٢٢٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٥٨٨ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٠/٣/١٢ - السنة ٥٢ العدد ٦ و ٦٩ - ص ٨٩٠ و ٩٠ - ونقض جلسة ١٩٦٨/١٢/٣ - للحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٤ - رقم ١٦٩ - ص ١١٦ و ١١٧ ، ونقض - جلسة ١٩٦٣/١١/٢٩ - مجموعة للكتب الفن - السنة ٢٤ - ص ١١٩٤ .

يخضع لتقدير محكمة الموضوع (١) .

الحادي عشر - إذا أوجب القانون على الخصم تعيين موطن مختار فلم يفعل أو كان بيانه ناقصاً أو غير صحيح جاز إعلانه في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي كان يصح إعلانه بها في الموطن المختار .

وإذا ألقى الخصوم موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك يصح إعلانه فيه ، وتسلم الصورة عند الإقتضاء إلى جهة الإنارة طبقاً للمادة السابقة (م ١٢) .

ولا يسرى حكم الفقرة الثانية على الموطن الأصلي بحيث إذا غيره صاحبه دون إخطار خصمه لم يصح مع ذلك إعلانه فيه ، وإنما كان على الأخير يتحرى عن الموطن الجديد (٢) .

إن إتخاذ الطعون عليه - وهو محام - عنوان مكتبه في ورقة إعلان الحكم قد يدل على رغبته في قيام المحل المختار مكان موطنه الأصلي ، ومن ثم فيجوز إعلان الطعن إليه في هذا المحل (٣) .

وترك الموطن المختار المبين في العقد دون الإخطار كتابة بتغييره فإن الإعلان في هذا الموطن صحيح ويترتب أثره من وقت إعلانه (٤) .

الثاني عشر - فيما عدا ما نص عليه في قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتي :

١- ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء ومديري المصالح المختصة والمحافظين أو لمن يقوم مقامهم ، فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى إنارة قضايا الدولة أو فروعها

(١) نقض - جلسة ١٢/١٢/١٩٧٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٤ - مدني - ص ٨٩٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٣/١٢/١٩٦٢ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ١٨٨٦ .

(٣) نقض - جلسة ٣٠/٥/١٩٦٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٤ - مدني - ص ٧٦٩ .

(٤) نقض - جلسة ٢١/١٢/١٩٧١ - مجموعة للمكتب الفني - السنة ٢٢ - ص ١٠٧١ .

بالاتقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها (١) .

٢- ما يتعلق بالأشخاص العامة يسلم للنائب عنها قانوناً أو من يقوم مقامه فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالاتقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها .

٣- ما يتعلق بالشركات التجارية يسلم فى مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو للمدير أو لمن يقوم مقامهم ، فإن لم يكن للشركة مركز تسلم لولحد من هؤلاء فى شخصه أو فى موطنه .

ويعتبر صحيحاً تسليم صورة الطعن الموجه إلى الشركة - إلى جهة الإدارة ولا يكون تسليم صورة الإعلان إلى النيابة إلا عند الإمتناع عن تسلمها أو عن التوقيع على أصل الإعلان بالإستلام (٢) .

٤- ما يتعلق بالشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية يسلم فى مركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها أو لمن يقوم مقامه ، فإذا لم يكن لها مركز سلمت الصورة للنائب عنها لشخصه أو فى موطنه .

٥- ما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فرع أو وكيل فى جمهورية مصر العربية يسلم إلى هذا الفرع أو الوكيل .

٦- ما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم يسلم بواسطة

(١) وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث أنه بالنسبة للمؤسسات العامة ، فإنه يصبح إعلانها بصحفة الطعن فى مقرها ، وذلك لأن إدارة قضايا الحكومة إنما تنوب فقط عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية والهيئات العامة فيها يرفع منها إلى عليها من قضايا (يراجع : نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٧ - مجموعة للمكتب الفنى - السنة ٢٣ - مدنى - عدد ٢ ص ٧٧٤) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ - العدد ٢ - ص ١٠٣٦ .

النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة (١) .

إن إعلان ضابط الجيش والجنود والنظاميين ، يكون بإستلام قائد الوحدة التابع لها الخصم صورة الإعلان ، ويكون تسليم هذه الصورة له بواسطة النيابة التي تعتبر في هذه الحالة سلطة تسليم فقط مثلها مثل المحضر تماماً . فإذا كان الحكم للطعون فيه لم يفصح عما إذا كان هذا الإعلان قد تم صحيحاً بتسليم الصورة إلى قائد الوحدة أم لا ، مما يعجز محكمة النقض عن إعمال سلطتها في مراقبة هذا القضاء ، فإنه يكون معيباً بالقصور ، ولا يشفع له في هذا الخصوص تقريره أن الطاعن أعلن مع شخصية بتوقيع الحجز على منقولاته تنفيذاً لهذا الأمر ، ذلك أن إعلان أمر الأداء هو الذي جعله القانون مجزياً ليعاد التظلم (٢) .

ولا بطلان إذا خلت الأوراق عن صفة الطاعن ، وجهل خصمه بصفته كقرد من القوات المسلحة (٣) .

٧- ما يتعلق بالمسجونين يسلم للأمور السجن .

٨- ما يتعلق ببخارة السفن أو بالعاملين فيها يسلم للريان .

٩- ما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معروف في الخارج يسلم للنيابة العامة وعلى النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية ، ويجوز أيضاً في هذه الحالة ويشترط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التي يقع بها موطن المراد إعلان كى تتولى توصيلها إليه .

(١) وقد قضى بأن إعلان ضابط الجيش والجنود النظاميين يكون بإستلام قائد الوحدة التابع لها الخصم صورة الإعلان ، ويكون تسليم هذه الصورة له بواسطة النيابة التي تعتبر في هذه الحالة سلطة تسليم فقط مثلها مثل المحضر تماماً (نقض - جلسة ١١/٢/١٩٦٩ - مجموعة للمكتب الفني - السنة ٢٠ - العدد ١ - مدني وأحوال - ص ٤٠) .

(٢) نقض - جلسة ٢١/٥/١٩٧٤ - مجموعة للمكتب الفني - السنة ٢٤ - مدني - ص ٨٥٠ .

(٣) نقض - جلسة ١٢/٦/١٩٧٢ - للرجع السابق - ص ٩٤ .

١٠- إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم يجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له في جمهورية مصر العربية أو في الخارج وتسلم صورتها للنيابة .

إذا كان يبين من الإطلاع على أصل ورقة الإعلان أن المحضر إذ توجه لإعلان المطعون عليها الأولى حذر محضاً بأنه لم يعلنها وأثبتت إجابة مالكة المنزل الذي أريد إعلانها به بأنها تركت هذا المسكن منذ أربع سنوات ، فقامت الطاعة بإعلانها للنيابة ، وكان أصل ورقة الإعلان قد خلا من بيان (آخر موطن معلوم) في مصر أو الخارج ، فإن عدم مراعاة هذا الإجراء يترتب عليه بطلانه (١) .

وفي جميع الحالات السابقة إذا امتنع المراد إعلانه أو من ينوب عنه عن تسلم الصورة أو عن التوقيع على أصلها بالإستلام أثبت المحضر ذلك في الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة (م ١٢م) .

فلا يلزم تسليم صور صحف الدعاوى والطعون والأحكام التي تسلم إلى إدارة قضايا الدولة في المقر الرئيسي لهذه الإدارة بل يجوز تسليمها في أي مقر تتخذة ولو تعددت هذه المقار (٢) .

أما بالنسبة إلى من له موطن معلوم في الخارج فقد ذهب قضاء محكمة النقض إلى التفريق بين أوراق المحضرين عموماً وبين إعلان الحكم الذي تبدأ منه مواعيد الطعن فاكتمل بالعلم الحكمي في الحالة الأولى فيتم الإعلان فيها بتسليم الورقة إلى النيابة واستلزم في الحالة الثانية تمام الإعلان في موطن المعلن إليه الموجود في الخارج (٣) .

ومع ذلك ، فقد إستقر قضاء النقض على إعلان من له موطن في

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٣/٢ - مجموعة للكتب الفني ، السنة ١١ - مدني ، العدد ١ ، ص ٢٠٨ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ - مجموعة للكتب الفني - السنة ١٧ - مدني ص ٣١٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/١١ - للرجع السابق - السنة ١٧ - مدني - ص ٧٧ - نقض - جلسة ١٩٧٢/١/٢٥ - للرجع السابق - السنة ١٤ - ص ١٠٢ .

الخارج معلوم ، يكون بتسليم صورة الإعلان إلى النيابة (١) .

ويقصد بمدير الشركة ممثلها القانوني المصرح له بتمثيلها والتقاضى عنها (٢) ، وفيما يتعلق بالشركات التجارية يجب تسليم صورة الإعلان في مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو المدير ، فإن لم يكن للشركة مركز تسليم يسلم لأحد هؤلاء لشخصه أو في موطنه (٣) .

أما إعلان الوزراء بوصفهم ممثلين للدولة يكون صحيحاً سواء سلعت الصورة للمركز الرئيسي لإدارة قضايا الدولة أو في للأمورية التي تتخص بالدعوى محلياً (٤) .

الجزء على ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه :

٧٢- الثالث عشر - تحكم المحكمة بفرامة لا تقل عن خمسة جنيهاً ولا تجاوز عشرين جنيهاً على طلب الإعلان إذا تعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الإعلان إليه (م ١١) .
لأن من شأن ذلك عدم تحقيق الإعلان للغرض منه (٥) .

وهذا النص مستحدث ليس له مقابل في قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

(١) وذلك على خلاف الأصل في أن الإعلان يكون بأن تصل الورقة المعلقة إلى علم المعلن إليه علماً يقينياً بتسليمها لشخصه ، إذ يكتفى المشرع بالنسبة لإعلان المقيم بالخارج بالعلم الظني (أو بالعلم المكسب بتسليمه الصورة للنيابة - نقض - جلسة ١٩٧١/١١/٢٠ - مجموعة للكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني - ص ٩٤٦ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٩ - للرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٨١٩) .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٠/٦/٢٠ - للرجع السابق - السنة ١١ - مدني - ص ٤٨٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٢/٣/١٥ ، للرجع السابق - السنة ١٢ - مدني - ص ٢٨٨ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/١١/٢٥ - للرجع السابق - ٢٣-٢-١٢٧٨ ، ونقض ١٩٧٢/١٢/١٦ - ٢٣-٢-١٢٩١ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٣١ - للرجع السابق - السنة ١٤ - مدني - ص ٢٤٢ .

(٥) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد - رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن المادة ١٤ .

ومتى ثبت عناصر أعمال هذا الجزء فمن الواجب بطبيعة الحال الحكم بالغرامة ولا يكون للمحكمة سلطة تقديرية إلا فى صدد مقدارها ، كما لا يخل ذلك بحق الخصم فى طلب التعويضات إن كان لها محل طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية (١) .

مواعيد الإجراء القضائى :

٧٣- الرابع عشر - إذا عين القانون للمحضور أو لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجزئاً للميعاد . أما إذا كان الميعاد مما يجب إنقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد إنقضاء اليوم الأخير من الميعاد .

وينقضى للميعاد بإنقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء .

وإذا كان الميعاد مقدراً بالساعات كان حساب الساعة التى يبدأ منها والساعة التى ينتهى بها على الوجه المتقدم .

وتحسب المواعيد المعية بالشهر أو السنة بالتقويم الشمسى ما لم ينص القانون على غير ذلك (١٥) .

والمواعيد ثلاثة أنواع:

(أ) المواعيد التى يتعين إتخاذ الإجراء خلالها ، وهى تنقضى بإنقضاء اليوم الأخير منها ، لذلك يطلق المواعيد الناقصة ، كما يطلق عليها ظرفاً .

(ب) المواعيد التى يجب إنقضاؤها قبل إمكان إتخاذ الإجراء ، بحيث لا يجوز إتخاذها قبل إنقضاء اليوم الأخير منها ، ولذلك تسمى مواعيد كاملة (كمواعيد الحضور) .

(ج) المواعيد التى يتعين القيام بالإجراء قبل بدئها (كميعاد تقديم الاعتراضات على قائمة شروط البيع فى التنفيذ على العقار) .

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١٩٦٩ - المجلد ١ - ص ٦٠ .

والقاعدة الأساسية فى إحتساب المواعيد بصفة عامة أنه لا يحتسب اليوم الذى يقع فيه الأمر المعتبر فى نظر القانون مجزئاً للميعاد (١) .

مواعيد المسافة :

٧٤- الخامس عشر - إذا كان الميعاد معيناً فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيها زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذى يجب الإنتقال منه والمكان الذى يجب الإنتقال إليه ، وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو متراً يزداد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام .

ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود (م ١٦) .

والإنتقال المقصود هنا وفى المادة ١٧ مرافعات جديد هو إنتقال الخصوم أو من ينوب عنهم من المضربين وغيرهم (٢) .

السادس عشر - ميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج ستون يوماً .

ويجوز بأمر من قاضى الأمور الوقتية إنقاص هذا الميعاد تبعاً لسهولة المواصلات وظروف الإستعجال ويعلن هذا الأمر مع الورقة .

ولا يعمل بهذا الميعاد فى حق من يعلن لشخصه فى الجمهورية أثناء وجوده بها إنما يجوز لقاضى الأمور الوقتية أو المحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو بإعتبارها ممتدة على ألا يجاوز فى الحالين الميعاد الذى كان يستحقه لو أعلن فى موطنه فى الخارج (م ١٧) .

(١) يراجع فى تفصيل أحكام المواعيد : التعليق على نصوص المرافعات الجديد - للرجع السابق - للدكتور أحمد أبو الوفا - ص ٦٢ وما بعدها ، وأصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - للرجع السابق - ص ٤٤٢ وما بعدها - والوسيط - للدكتور رمزى سيف - للرجع السابق - ص ٤٧٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٢ - مدنى - ص ٢٤٢ .

ولقد وجد المشرع في هذه المادة ميعاد المسافة بالنسبة لجميع البلاد والمناطق مراعاة منه لقصور وسائل المواصلات على نحو قارب بين الأقطار جميعاً^(١) .

أحكام إمتداد الميعاد :

٧٥- السابع عشر - إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية إمتد إلى أول يوم عمل بعدها (١٨م) .

فإذا وقعت العطلة خلال الميعاد وقبل إنتقضائه فلا يمتد ، وإذا صادف اليومان الأخيران (أو أكثر) من الميعاد عطلة رسمية فإن الميعاد يمتد ليوم واحد فقط هو أول يوم عمل بعد إنتضاء العطلة (٢) .

كما يمتد الميعاد ولو كان منصوباً عليه في قانون آخر غير قانون المرافعات وتمتد المواعيد المتفق عليها بين الخصوم للقيام بعمل معين بسبب العطلة الرسمية .

نظرية البطلان في المرافعات:

٧٦- الثامن عشر - يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المواد ٧٥ و٩٠ و٩١ و٩٢ (١٩م) .

التاسع عشر - يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء (٣٠م) (٣) .

ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت الغاية من الإجراء (٢٩م) فقانون المرافعات الجديد يشترط لقيام موجب البطلان توافر شرطين :

الأول - وقوع عيب في أحد العناصر الشكلية للعمل الإجرائي ، أي أن يعيب هذا العمل عيب شكلي ، ويكون ذلك بمخالفة العمل الإجرائي للنموذج الشكلي الذي حدده له القانون ، إن لم تقع مخالفة للشكل القانوني

(١) للذكر الإيضاحية للقانون الجديد .

(٢) نقض - جلسة ١٣/٢/١٩٥٨ - للحاماة - السنة ٢٩ - العدد ١ - ص ١٢ .

(٣) تراجع للذكر الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد في شأن نظرية البطلان لأهميتها .

إمتنع الحكم بالبطلان ولو لم تتحقق من هذا الشكل إلى الغاية التي إستهدفها منه القانون ، بل ولو أدى إتباع هذا الشكل إلى الإضرار بالخصم ، ويقع عبء إثبات تعيب الشكل على من يدعيه إلتراماً بقاعدة أن الأصل إستيفاء العمل الإجرائي لعناصره الشكلية .

والثاني - أن يترتب على هذا العيب تخلف الغاية من العمل الإجرائي الذي لحقه العيب ، وفي هذا الشأن يفرق بين البطلان المنصوص عليه والبطلان غير المنصوص عليه (١) .

والشكل أهمية كبيرة في قانون المرافعات ، فيجب كقاعدة عامة أن تتم جميع أوجه نشاط الخصومة تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون (٢) .

ويربط قانون المرافعات الجديد في الحكم بالبطلان بعدم تحقق الغاية ولو كان نص القانون على البطلان صريحاً ، بل ولو كان متعلقاً بالنظام العام ، وهذا النظر المستحدث يتفق مع مبدأ نسبية الحقوق الذي يقول أن على صاحب الحق أن يستعمله لتحقيق الغاية التي يعتبر الحق وسيلة لتحقيقها ، وعلى هذا الأساس يعتبر التمسك بالبطلان الذي شاب إجراء ما إستعمالاً غير مشروع للحق ، لأن تمسكه به برغم تحقق الغاية من الإجراء ليس بقصد تحقيق الغاية .

ويقصد بالنص على البطلان النص الصريح بلفظه أو بلفظ آخر في معناه يدل عليه (كاعتبار الإجراء لاغياً لو كان لم يكن) . أما الألفاظ الدالة على النفي فلا تعتبر - في مفهوم قانون المرافعات الجديد - نصاً

(١) تقنين المرافعات ، للأستاذ محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص ٦٠ وما بعدها ، وبهت : نظرية البطلان في قانون المرافعات الجديد - المضافة - السنة ٥٠ - العدد ١١ - ص ٥٤ وما بعدها ، والقانون القضائي الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - طبعة ١٩٧٤ - ص ٢٢٢ وما بعدها .

(٢) أصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم . المرجع السابق ، ص ٤٦ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ونظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه ، للدكتور أحمد فتحي سرور ، وأحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٧٢ وما بعدها ، وتقتض جلسة ١٦/١١/١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٢ - مئتي - ص ١٩٧٥ .

على البطلان (كعبارات : لا يجوز ، ولا يصح ، ويقبل ، ولا يسوغ) ما لم تكن مصحوبة بالنص الصريح على البطلان (١) .

إن حضور الخصم الذي يزول به الحق في التمسك بالبطلان هو الذي يتم بناء على إعلان الورقة ناتجا في الزمان والمكان المعينين فيها لحضوره . أما عدم حضوره في الجلسة المحددة التي دعى إليها بمقتضى ورقة الإعلان الباطلة ، وحضوره من تلقاء نفسه بالجلسة التالية ، لا يزال للبطلان (٢) ولا يسقط الحق في التمسك به (٣) .

المعشرون - لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه . وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام (م ٢١) .

وتحكم التمسك بالبطلان المقرر لحماية المصلحة الخاصة قاعدتان أساسيتان :

الأولى - أن لا يتمسك إلا من شرع البطلان لمصلحته ، فلا يقضى به القاضي من تلقاء نفسه (٤) .

والثانية - أنه ليس من كان سببا في بطلان العمل الإجرائي أن يتمسك ببطلانه .

فبطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان بطلان نسبي لا

(١) الوسيط في شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزي سيف - المرجع السابق - ص ٤٨٨ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/٢٤ - مجموعة للكتب الفنية - السنة ٢٠ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ١٠٥٧ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٥٥٨ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٥٥٨ ، والحضور المسقط لحق التمسك بالبطلان - للدكتور أحمد أبو الوفا - للحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٦ - ص ٣٦ وما بعدها .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٥ - مجموعة للكتب الفنية - السنة ١٨ - ص ٩٢ - ونقض - جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ - المرجع السابق - ص ١١٠٢ .

يتعلق بالنظام العام ، يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، ولا يجوز لنزول عن البطلان أن يعود إلى التمسك به (١) ولا يجوز التمسك ببطلان إعلان الإستئناف أو عدم إيراد المحضر للخطوات التي إتبعها في محضر إعلانه - لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

واحد وعشرون - يزول البطلان إذا نزل عنه شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام (٢٢م) .

فلا يكفي لإعتباره متصلاً بالنظام العام أن ينص على أنه يقع بقوة القانون إذ أن هذه العبارة لا تعنى أكثر من حرمان القاضى من مكنة التقدير بحيث يتعين عليه القضاء بالبطلان إذا تمسك من شرع لحمايته (٣) .

إثنان وعشرون - يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ الإجراء ، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا في تاريخ تصحيحه (٢٢م) .

ويجوز أن يتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح (٤) .

ثلاثة وعشرون - إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً بإعتباره الإجراء الذى توافرت عناصره .

وإذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٥ - مجموعة للكتب الفنية - السنة ٢٣ - العدد ٢ - مدنى - ص ٢٦٨ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٤١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٢٢ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ١٢١٠ .

(٣) نقض جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ - الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ ق .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٩/١٢/٢ - مجموعة للكتب الفنية - السنة ٢٠ - العدد ٢ - مدنى وإحوال - ص ١٢٤٨ .

ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إن لم تكن مبنية عليه (٢٩م) .

أربعة وعشرون - يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع إجراءات الإثبات كاتب يحور المحضر ويوقعه مع القاضي وإلا كان العمل باطلاً (٢٥م) (١) .

خمس وعشرون - لا يجوز للمحضرين ولا الكتبة ولا لغيرهم من اصوان القضاء أن يباشروا عملاً يدخل في حدود وظائفهم في الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أولادهم أو أقاربهم أو اصهارهم للدرجة الرابعة وإلا كان العمل باطلاً (٢٦م) .

سنة وعشرون - قاضى الأمور الوقتية في المحكمة الابتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها ، وفي محكمة المواد الجزئية هو قاضياها (٢٧م) .

(١) يراجع في تفصيل ذلك شرح أحكام الإجراء القضائى الباطل ، وفي التعليق على المواد ٢٢ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ من قانون المرافعات الجديد : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور محمد أبو الوفا - المجلد ١ - المرجع السابق - ص ٢٠٢ وما بعدها ، وتقنين المرافعات - للأستاذ كمال عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٧٠ وما بعدها ، واصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص ٤٨١ وما بعدها ، والوسيط في شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزي سيف - المرجع السابق - ص ٤٩٧ وما بعدها ، والمرافعات المدنية والتجارية - للدكتورين عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي - طبعة ١٩٧٦ / ١٩٧٧ - الكتاب الثاني - ص ٨٢ وما بعدها ، والمرافعات المدنية والتجارية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١١ - ١٩٧٥ - ص ٥٠١ وما بعدها ، ومبادئ قانون القضاء المدني - للدكتور فتحي والي - طبعة ٢ - ١٩٧٦ - ص ٣٦٩ وما بعدها ، والموجز في مبادئ القانون المدني - للدكتور وجدي رافع - طبعة ١٩٧٧ - ص ٢٩٤ وما بعدها . والقانون القضائى الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - جزء ١ - ١٩٧٤ و ٧٤٨ وما بعدها .

الباب الأول

الدعوى الشرعية

(دعوى الأحوال الشخصية)

الأحكام الإجرائية والموضوعية

٧٧- رددنا أن الدعوى الشرعية تتميز بسمات خاصة لم تظفر الدعوى المدنية بمثلها ، ومرجع هذه الذاتية الخاصة للدعوى الشرعية إلى تعلقها بمسائل على جانب كبير من الحساسية هي علاقات الزوجين والأقارب والأولاد في جميع مراحل حياة الإنسان منذ كان جنيناً حتى بعد وفاته بتنفيذ وصاياه وتوزيع تركته على ورثته الشرعيين وبعد سداد ديونه ، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون .

نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية :

٧٨- الدعوى في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية هي قول مقبول عند القاضي ومن في حكمه يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة أو رفعه عن حق نفسه (١) .

والتنازل عن الدعوى ليس تنازلاً عن موضوعها ولا عن الحق المدعى لتفايرهما ، إذ هي قول مقبول لدى القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٣ - ص ٣١ ، وما بعدها ، ومباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعوى الشرعية - للأستاذ محمد زيد الإبياني - طبعة ١٩٢٤ - ص ٣ وما بعدها ، والأصول القضائية في المرافعات الشرعية - للقاضي علي قراعة - طبعة ١٩٢٥ - ص ٢ وما بعدها ، ومحاضرات في منهج اللوائح - لطلبة كلية الشريعة - للقاضي محمود الغراب - طبعة ١٩٢٧ - ص ١٢ وما بعدها ، وشرح الدر المختار - للحصكفي - كتاب الدعوى - جزء ٢ - ص ١٩٨ وما بعدها .

إدعاء وتصد إليه من دعواه (١) .

ولكل دعوى أطراف أربعة : مدعى - ومدعى عليه - ومدعى به - وقول يصدر من المدعى للمطالبة بحقه .

وذكر الفقهاء للدعوى شروطاً عاماً بدونها لا تصح ، ونكروا شروطاً خاصة بكل نوع من أنواع الدعاوى ، وتلك ماهية الدعاوى فى نظر رجال الفقه الإسلامى .

لقد افترى من زعم أن الشرائع السماوية ليست سوى صلة روحية بين الخالق والخلق ، وإنما لم توضع لنظام البشر فى الحياة الدنيا ولو أن العالم رجع إلى ما شرع الله لكان فى أمان ما بعده أمان .

ونظرية الشريعة فى الدعوى تجرى مجرى العرف والمفهوم والمألوف لأن صاحب الشريعة عليه الصلاة والسلام يقول : « أمرت أن أخطب الناس على قدر عقولهم » .

وما دام أن الدعوى فى لسان الشرع غير المدعى به ، فقد يكون المدعى به حقاً أو زعماً ، كذلك لا يكون موضوعاً إلا ما تقره الشريعة ولو ظاهراً لا ما يخالفها مما سنته القوانين الحديثة .

وكما يكون موضوع الدعوى حقاً فريضاً ، كذلك يكون حقاً إجتماعياً فيما يتعلق بدعاوى الحسبة والولاية .

ويجد الدكتور وجدى راغب (٢) فى الفقه الإسلامى سنداً قوياً لتصوير الدعوى كادعاء ، إذ يعرف الفقهاء الدعوى بأنها قول مقبول (٣) عند القاضى

(١) طنطا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٣/٤/١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٤٣٣ .

(٢) النظرية العامة للعمل القضائى - للدكتور وجدى راغب - طبعة ١٩٧٤ - ص ٤٤٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين - جزء ٤ - ص ٥٨٠ ، وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الزيلعى - جزء ٤ - ص ٢٩٠ ، ويدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - الكاسانى - جزء ٦ - ص ٢٢٢ ، ومباحث المرافعات الشرعية - للإبيانى - ص ٢ ، والأشباه والنظائر - للسيوطى - ص ٦١٦ .

يقصد به طالب حق قبل غيره ، أو أنها أخبار عن وجوب حق على غيره عند الحاكم (١) .

ويميز الفقه بين ركن الدعوى وشروطها :

وركن الدعوى هو إضافة الحق إلى نفسه عند النزاع (٢) ، أو هو - كما يقول الكاساني (٣) - قول الرجل : لى على فلان أو قبل فلان كذا ، أو قضيت حق فلان ، أو أبرأني عن حقه ، ونحو ذلك . فإذا قال ذلك تم الركن . ويوضحون فكرة الدعوى بأن إسم المدعى يتناول من لا حجة له ، ويتناول من له حجة ، فالقاضى يسميه مدعياً قبل إقامة البينة ، ويمدحها يسميه محقاً لا مدعياً .

ويقول السرخسى (٤) إن المدعى لا يستحق بمجرد الدعوى ، وهذا معقول ، لأنه خبر يتمثل بين الصديق والكذب ، والمحتمل لا يكون حجة . والدعوى لا توجب إستحقاق للمدعى للمدعى بنفسها ، وهذا يقطع بأن المقصود بالدعوى هو الإدعاء .

ولكنهم يمزجون بين فكرة الدعوى والمطالبة القضائية ، ويبدو هذا من تعريف الإمام الباقرى (٥) للدعوى بأنها : « مطالبة حق فى مجلس له الخلاص عند ثبوته » .

كما يبدو هذا من شروط الدعوى ، حيث تتضمن شروطاً فى المطالبة القضائية ، كما تضمن شروطاً فى الإدعاء .

فهم يقسمون الدعوى إلى صحيحة وفاسدة ، فالدعوى الصحيحة هى التى إستجمعت شروط الدعوى ، والدعوى الفاسدة ما إختل منها شرط ،

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - لشمس الدين الرملى - جزء ٨ - ص ٣٤٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين - جزء ٤ - ص ٥٨٠ ، والزيلعى - ٤ - ص ٢٩٠ .

(٣) الكاسانى - ٦ - ٢٢٢ ، ومعين الحكم - لعلاء الدين الطرابلسى - ص ٥٣ - ٦٤ .

(٤) الزيلعى - ٤ - ٤٩٠ ، وللسرخس - المسوط - جزء ١٧ - ص ٢٩ .

(٥) شرح العنائة على الهداية على هامش شرح فتح القدير لإبن همام الحنفى - للإمام اكمل الدين الباقرى - جزء ٦ - ص ١٣٧ .

ويختلفون في تعداد شروط صحة الدعوى ولكنهم يمزجون فيها بين مقتضيات في المطالبة القضائية ، وأهمها : عقل كل من المدعى والمدعى عليه ، وأن تكون الدعوى في مجلس الحكم أى بين القاضى ، وبلسان المدعى عيناً ، وفي حضور الخصم ، وأن يذكر المدعى أمام القاضى أنه يطالب بالمدعى به .

ومقتضيات في الإدعاء أهمها أن يكون المدعى معلوماً ، وأن تكون الدعوى ملزمة بشيء على الخصم بعد ثبوتها ، وأن لا تكون متناقضة أو مستحيلة الثبوت .

أما حكم الدعوى الصحيحة فهو سماع القاضى الدعوى ، ووجوب على المدعى عليه بنعم أو لا ، ويقول الكاسانى^(١) أن هذا الجواب واجب ، لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب ، ولا يمكن القطع إلا بالجواب .

ويؤكد البابرتى^(٢) وظيفة الدعوى قائلاً أن شرعية الدعوى ليست لذاتها ، بل من حيث إنقطاعها بالقضاء دفعاً للفساد المظنون ببقائها .

ويختتم الدكتور وجدى راغب^(٣) نظرة في الدعوى في الفقه الإسلامى بأنها ليست فقط لصاحب الحق ، ولا توجب بذاتها إستحقاق المدعى ، وإنما تبدو قيمتها الشرعية فى سماع القاضى لها ووجوب الفصل فيها ، وهى بذلك إنما تعنى الإدعاء الذى يعتد به القانون كمحل إبتدائى للعمل القضائى ، وإذا كان هذا الفقه لم يصل إلى فصلها عن فكرة المطالبة القضائية ، إلا أن الإدعاء يظل هم محور فكرة الدعوى ، وهو ما يتضح من تعريفها ويبان ركناً فضلاً عن حكمها .

إن تكون نظرية الشريعة الإسلامية فى الدعوى هى تحقيق غرض

(١) النظرية العامة للعمل القضائى - المرجع السابق - ص ٤٥١ .

(٢) نظريات عامة فى المرافعات - للقاضى الشرعى محمود الغراب - للحاماة الشرعية - السنة ٨ - العدد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٧٨ وما بعدها .

(٣) الكاسانى - ٦ - ٢٢٤ ، وإين الهمام - فتح القدير - ٦ - ص ١٢٧ .

الشارع من وضعه الشريعة لمصلحة الخلق (١) .

ولكن هلا تلاشت هذه الذاتية الخاصة للدعوى الشرعية بصدر
قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمالية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المعروف بقانون
توحيد القضاء ؟

الواقع أن المادة ١٢ من قانون التوحيد المذكور لم تفصح عن هدف
المشرع من إلغاء أغلب مواد اللائحة الشرعية المتعلقة بإجراءات الدعوى
والإحالة في شأنها إلى قواعد قانون المرافعات المدنية ، ولم تفصح المذكرة
الإيضاحية له - في هذا الصدد - إلا عن القصد العام المتعلق بوضع تنظيم
للإختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين على نحو
يكفل توحيد جهة القضاء بالنسبة لهم جميعاً ، وإحترام ولاية القانون
الواجب التطبيق (٢) .

إلا أن المشرع - من جهة أخرى - قد اعترف ، لمواد اللائحة الشرعية
التي لم يتناولها الإلغاء ، في قانون توحيد القضاء ، بأن تلك النصوص قصد
بها تيسير الإجراءات في هذا النوع من القضايا الأمر الذي رؤى من الخير
الإبقاء عليها (٣) .

٧٩- ومع ذلك فإن قانون توحيد القضاء إذ ألغى الأحكام المتعلقة
بإجراءات الدعوى التي كانت تنظمها اللائحة الشرعية ، إلا أنه في الوقت
ذاته أبقى على مواد أخرى منها لحال فيها صراحة أو ضمناً إلى أحكام من
تلك التي تناولها المواد الملغاة ، ومن أمثلة ذلك ما يلي :

(١) أن المادة ٢٨٦ من اللائحة الشرعية (وهي من المواد التي لم يتناولها
قانون توحيد القضاء بالإلغاء) قد نصت على : متى يكون الحكم غيابياً أو
صانراً في مواجهة الخصوم ، ورتبت ذلك على غياب المدعى عليه بعد
الجواب عن الدعوى بالإنكار - وإثباتها بالطرق الشرعية ، أو بعد الجواب
عليها بالإقرار .

(١) البابرتي - للرجع السابق - ص ١٣٧ هامش .

(٢) تراجع للمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

إلا أن المواد من ١٠٥ إلى ١١٢ من اللائحة الشرعية (فى الجواب عن الدعوى) قد تناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

(ب) أن المادة ١٢٧ من اللائحة الشرعية (وهى من المواد التى لم يتناولها قانون توحيد القضاء بالإلغاء) قد رخصت فى سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو إستبداله أو الإدخال أو الإخراج ٠٠ وغير ذلك من الشروط إذا وجد إشهاد بذلك ممن يملكه على يد حاكم (قاضى) شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله كالمبين فى المادة ٣٦٤ من اللائحة الشرعية ، ولا يعتبر الإشهاد السابق ذكره حجة على الغير إلا إذا كان هو أو ملخصه مسجلاً بسجل المحكمة التى بذاتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة ٣٧٣ من اللائحة .

إلا أن المادتين ٣٦٤ و ٣٧٣ من اللائحة الشرعية الخاصتين بأحكام الإشهاد بالوقف وتسجيله قد تناولهما القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

(ج) أن المادة ٢٨٢ من اللائحة الشرعية (وهى من المواد التى لم يتناولها قانون توحيد القضاء بالإلغاء) قد لحالت فى شأن قبول المعارضة فى تقدير المصاريف إلى الكيفية والأوضاع المقررة فى المواد ٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٣٨ من اللائحة الشرعية .

إلا أن المواد ٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٣٨ من اللائحة الشرعية قد تناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

ومن ثم فمن المفيد الرجوع إلى تلك الأحكام الملغاة ، وعقد المقارنة فيما بينها ، كل منها فى موضوعه من هذا الكتاب .

٨٠- أما بالنسبة للنصوص التى إلغيت من اللائحة الشرعية والخاصة بإجراءات الدعوى الشرعية ، والمتنصوص عليها ضمن مواد الكتاب الرابع من اللائحة المذكورة (من ٣٢ حتى ١١٤) . وهى المنظمة لقواعد الإعلانات وقيد الدعاوى وتقديم المستندات والمرافعات . فسوف نتناول فى شأنها أحكام قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، لأنه بما تضمن من أحكام مستحدثة ومتطورة - قد أصبح القانون الواجب التطبيق ، وذلك حتى يبلغ

البحث غايته ويحقق الفائدة المرجوة من إعداده .

وبناء على ذلك ، قد استنتجنا للأحكام القائمة من اللائحة الشرعية بالنسبة للدعوى الشرعية (دعوى الأحوال الشخصية) والتي لم يتناولها قانون توحيد القضاء بالإلغاء ، وأحكام قانون المرافعات الجديد فيما ألفى من أحكام اللائحة ، هي محل البحث في هذا الباب والأبواب السابقة من الكتاب الأول (نظرية الدعوى) (١) .

فبالنسبة للباب الأول منه نتناول في خمسة فصول أحكام قبول الدعوى ، وسماعها ، والجواب عنها ، وتقدير قيمتها ، ورفعها وقبدها .

(١) وقد نضت محكمة النقض بأن مفاد المواد ٥ و ٩ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المحاكم الشرعية أن للمشرع فرق في الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات (الإثبات الآن) ، أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني فقد أبقاهما المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية - والحكمة التي إبتناها للمشرع من ذلك من احترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك إخلال بحق المتخاصمين في تطبيق أحكام شريعتهم ، ولا يغير من ذلك أن يكون للمشرع نص في المادة ٢٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على إلغاء الباب الثالث من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهو الخاص بالأدلة ولم يستبق من مواده سوى المواد الخاصة بعدم سماع دعوى الوقف عند الإنكار وشهادة الاستكشاف في النفقات والشهادة على الرخصة - إذ أنه لم يقصد بهذا الإلغاء الخروج على الأصل المقرر بمقتضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أُلحقت إليها المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ السالف الإشارة إليه ، وإن كان إثبات وقوع الطلاق ونفيه عند المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها في إثبات وقوعه وكيف يكون معتبراً شرعاً ، فإن الحكم للمطعون فيه وقد طبق الشريعة الإسلامية نون قانون المرافعات والقانون المدني في هذا الخصوص لا يكون قد خالف القانون (نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٤ - العدد ١ - مدني وأحوال - ص ٢٢) .

الفصل الأول

قبول الدعوى

تعريف الدعوى الشرعية، وأطرافها، وشروطها

٨١- الدعوى الشرعية فى اللغة معنى ، وفى اصطلاح الفقهاء معنى آخر (١) .

فهى فى اللغة (٢) قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره ، إلا أن الاسم يتناول من ليست له حجة ولا يتناول من له حجة ، ولذلك يسمى المدعى قبل إقامة البينة مدعياً وبعد الإثبات يسمى محقاً ، وهى إسم وليست بمصدر والفعل إدعى والمصدر إدعاء والفعل للتأنيث فلا نون وجميعاً دعوى كفتوى وفتاوى ، والمتنازعان يسميان مدعياً ومدعى عليه ، والشئ المتنازع فيه يسمى مدعى .

وقد عرف الفقهاء الإسلاميون الدعوى بأنها فى اللغة قول يقصد به قائله إيجاب حق لنفسه على غيره مطلقاً سواء أكان ذلك فى حالة المنازعة أو فى حالة المسائلة ، إلا أن المدعى لا يتناول فى العرف إلا من لا حجة له ومن كان له حجة سمي (محققاً) لا (مدعياً) . وأما فى الاصطلاح فالدعوى من

(١) ينظر فى احكام وتعريف وأنواع الدعوى الشرعية وأطرافها بشرح لائحة الإجراءات الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٢ ص ٢٣١ وما بعدها ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراءة - طبعة ٢ - ١٩٢٥ - ص ٢ وما بعدها ، ومباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعوى الشرعية - للشيخ محمد زيد الإيهاى - طبعة ٢ - ١٩٢٤ - ص ٢ وما بعدها ، وشرح الدر المختار - للعلامة محمد علاء الدين الحكفى - جزء ٢ - مكتبة صبيح بالأزهر - ص ١٩٨ وما بعدها .

(٢) أورد الفقهاء أن للدعوى الشرعية خمسة عشر تعريفاً (القضاء فى عصور الإسلام - المحامى الشرعى عباس طه - للحاماة للشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٧ و ٨ - ص ٤٠٠ والمراجع العديدة التى أشار إليها) .

حيث دعوى هي قبول مقبول عند القاضى ومن فى حكمه كالحكم يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حالة المنازعة أو دفعه عن حق نفسه .
وبهذا تختلف الدعوى عن الشهادة والإقرار ، فالشهادة إخبار بحق للغير على الغير ، والإقرار إخبار للغير على المقر (١) .

إن الخصومة لا تحقق شرعاً إلا بالدعوى ، وهى لا تكون إلا أمام القاضى إذ هى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفع الخصم عن حق نفسه (٢) .

وأما الدعوى بالتاء فهى فى النسب بكسر الدال وفى اللأبئة بفتحها .
وهى فى اصطلاح الفقهاء قول مقبول عند القاضى يقصد به الشخص طلب حق معلوم قبل غيره . أو دفعه عن حق نفسه .
وسبب الدعوى هو إرادة تحصيل الحقوق (٣) .

ذلك أن سبب الدعوى إرادة تحصيل الحقوق التى يترتب عليها بقاء الإنسان أو بقاء ماله . فالأول كالنكاح وهو واجب الدوام والاستمرار حتى يظل بقاء النوع الإنسانى مأمون الوجود والثانى المال وهو عصب الحياة وقطب رحاها وغاية مداها (٤) .

(١) عباس طه المحامى الشرعى - فى عالم القضاء - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٥ و ٦ - ص ٢٢٥ وما بعدها ، والسيدة زينب الشرعية - جلسة ١٣/١١/١٩٣٠ - المحاماة الشرعية ، والسنة ٢ ، ص ٦١٤ ، ونجع حمادى الشرعية ، جلسة ٢٥/٦/١٩٥٥ ، المحاماة الشرعية - السنة ١٦ ص ٢٧١ .

(٢) ديروط الشرعية - جلسة ٢٨/٢/١٩٤٩ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - ص ٢٢٢ ويراجع - شرح الدر - جزء ١ - كتاب الدعوى ؛

(٣) ولا تملك محكمة للوضع - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا تملك تغيير سبب الدعوى ، وسبب الدعوى هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب ، وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند إليها الخصوم فى دفاعهم (نقض - جلسة ٤/٦/١٩٦٩ - مجموعة للمكتب الفنى - السنة ٢٠ - العدد ٢ - معنى - ص ٨٦٨) .

(٤) القضاء فى عصور الإسلام - بحث للأستاذ عباس طه المحامى الشرعى - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٧ و ٨ - ص ٤٠٥ وما بعدها .

والدعوى إن لم تقام عليها ... بينات ، أصحابها لادعاء وقال الامة
الزركشى فى (المحيط) :

« أجمع الفقهاء على ان المدعى به فى الدعوى لابد أن يكون معلوماً
ومحدداً . فلا يصح فقهاً أن تلحقه جهالة أو يحيط به إبهام أو يكتنفه
غموض أو لبس حتى يمكن للقاضى أن يقضى فيه عن بينة لصاحب الحق ،
والقاضى لا يقضى إلا عن بينة حتى يكون قد أدى رسالته الخطيرة التى
فرضت عليه فلا يقضى فى مجهول ولا يقضى فى مبهم ، ولا يحكم إلا فى
هذى وبصرة » .

إن الحقوق القضائية لا يقصد منها سوى الدعوى المرفوعة التى ترفع
بشأن حقوق الزوجية كلها أو بعضها . أما الحقوق الشرعية فالمفهوم منها
جميع الحقوق التى ترتبت للمدعية على المدعى عليه بمقتضى عقد الزواج
الذى تم بهنهما من نفسه ومسايق وغير ذلك مما هو من نتائج الزواج
ومستلزماته (١) .

إن لكل ذى حق أن يطالب به ولا طريق إلى ذلك إلا الدعوى وهو حق
مقرر شرعاً وقانوناً لكل ذى حق فلا يحول بينه وبين إستعمال هذا الحق
مسدود حكم فى خصومة لم يكن طرفاً فيها ولو كان هذا الحكم قد تناول
البحث أو الفصل بسبب ما يدعيه (٢) .

الدعوى متجددة السبب يصح سماعها ولو سبق الفصل فيها (٣) .

• وأنواعها دعوى صحيحة ، ودعوى فاسدة .

١- الدعوى الصحيحة هى التى إستوفت الشروط التالية :

(١) مصر الشرعية - جلسة ١٠/١٠/١٩٤٠ القضية ٢٧٨٢ سنة ١٩٣٩ مستأنف -
الحاماة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ٢ - ص ٨٩ .

(٢) أسيرط الشرعية - جلسة ١٦/١٠/١٩٤٩ القضية ٢٢ سنة ١٩٤٩ كلى - للحاماة
الشرعية ، السنة ٢١ - ص ٦١ .

(٣) الدنيا الشرعية ، جلسة ٢٩/١٠/١٩٣٠ ، للحاماة للشرعية ، السنة ٢ ، ص ٦٩٧ .

(١) أن يكون المدعى به معلوماً ، لأن المقصود بالدعوى هو القضاء بما تضمنته للمدعى على المدعى عليه ويحتاج فى إثباتها للشهادة عليها الشهادة والقضاء بالجهول لا يصحان لعدم الفائدة منهما ، كذلك الدعوى بالجهول غير صحيحة .

(٢) أن تكون الدعوى بمجلس القضاء ، لأنه لو حصلت فى غير مجلس القضاء كانت غير صحيحة ، ولا تترتب عليها أحكامها .

(٣) أن تكون الدعوى بلسان المدعى بعينه إذا لم يكن له عذر يمنعه من حضور المخاصمة أمام القاضى ، فلو وكل فى الخصومة من غير عذر، ولم يرض المدعى عليه بهذا الوكيل وادعى الوكيل بلسانه لم تصح دعواه ، ولا يترتب عليها وجوب جواب المدعى عليه عنها (عند الإمام أبى حنيفة) أما عند صاحبين (أبى يوسف ومحمد) فلا يشترط هذا الشرط فى صحة الدعوى ، بل للشخص أن يوكل عنه فى الخصومة من شاء وإن لم يرض خصمه ، وعندئذ يقوم الوكيل مقام الأصيل وتصح منه الدعوى ، وتترتب عليها جميع أحكامها - ورأى صاحبين هو المعمول به .

(٤) أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً أو عادة ، وإلا فلا تسمع الدعوى ولا تصح .

ويشترط فى صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت شرعاً ، فدعوى المستحيل عقلاً أو عادة لا تسمع وإن من شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى جازماً بدعواه (١) .

(٥) أن تكون الدعوى ملزمة للخصم بشيء على فرض ثبوتها ، وذلك أنه لو لم يترتب عليها إلزام الخصم بشيء على فرض ثبوتها لم تصح فلا تسمع ، لأن سماعها عندئذ والإشتغال بإثباتها ضرب من العبث يجب تنزيه أعمال العقلاء عنه (٢) .

(١) أخميم الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٥/٩ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٤ و ٦ و ٧ ص ٢٣٥ .

(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١/٢٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - ص ٢٤٧ .

(٦) أن تكون هناك خصومة حقيقية بين المدعى والمدعى عليه . فإذا لم تكن هناك خصومة حقيقية وتنازع بين المتداعين في نفس الأمر ، وإنما عقدت خصومة ظاهرية بقصد الإحتيال للوصول إلى القضاء توصلأ لشئ آخر خارج عن موضوع الدعوى لم تصح ، ولا يجوز سماعها .

(٧) أن لا يكون في الدعوى تناقض ، والتناقض فيها أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذي يقر له في دعواه ، ومتى وجد التناقض في الدعوى منع من سماعها لإستحالة ثبوت الشئ وضده .

(٨) أن يطلب المدعى من القاضي سؤال المدعى عليه من الدعوى .

(٩) أن يحضر المدعى والمدعى عليه إلى مجلس القضاء إن تسنى نقله بغير نفقة .

وحكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها ، وسماع بيعة المدعى إذا أنكرها المدعى عليه وجوب اليمين على المدعى عليه إذا عجز المدعى عن إثباتها وطلب تحليفه وجوب الحكم بالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين (١) .

أنه وإن كان الحق في رفع الدعوى الشرعية هو حق مقرر لكل من أنس أساساً بحق مقرر له ، وليس لأحد عليه حق المنع من تمكنه في المضى في دعواه بما يراه هو لها من تكييف قانونى صحيح أو غير صحيح ، إلا أنه حق لكل الحقوق لا يجوز من الوجهة القانونية الصحيحة إستخدامه لجرد النيل من الغير والكيد له إذا الحق في يد صاحبه ، وربما للحق من القداسة لدى

(١) لا تنقيد محكمة الموضوع في تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها وإنما تلتزم بالتكييف الصحيح الذى تتيبته من وقائع الدعوى وترى أنه ينطبق عليها لتتنزل حكم القانون على ما ثبت منها أنه هو التكييف الصحيح ولو قصر في مسألة شكلية تتعلق بجواز أو عدم جواز الإستئناف قبل مناقشة إعمالها من اللسائل المتعلقة حتى لا يحرم أى من الطرفين حقه بشأنها (نقض - جلسة ١٩٦٩/٥ - مجموعة للمكتب الفنى - السنة ٢٠ - مدنى - ص ٦٩٩) .

حامله حتى تقف فيه المنفعة المرجوة منه عند حد عدم المضي في نفاذه من طريق التشبع بنية إلحاق الضرر فحسب . ويستحيل على القاضى وقد تبين له وجه التعسف في استعمال الحق ويأنت له الأغراض الحقيقية التى يرمى إليها من يدعى الحق في رفع الدعوى بوجه عام ، وكانت الأغراض غير جدية وتنصرف حتماً إلى مضايقة الخصم لا إلى الرغبة في الوصول إلى نتيجة جدية يحميها القانون ، يستحيل عليه أن يقر الأعمال التعسفية من طريق تمكين القائمين بها تمكيناً مباشراً أو غير مباشر ، بل يجب قانوناً وعدلاً وعملاً الوقوف في سبيل المضي في استخدام الحق استخداماً تعسفياً والحيلولة بين المتعسف وتحقيق رغبته (١) .

٢- أما الدعوى الفاسدة فهي التى لم تستوف شروط الدعوى السالفة البيان (٢) .

بحكمها عدم وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها .

وأطراف الدعوى هي الأمور التى تستلزمها ، بحيث لا تتصور دعوى بدونها .

وهي أربعة : مدعى ، ومدعى عليه ، ومدعى ، ودعوى .

فالمدعى هو طالب الحق .

والمدعى عليه هو المطلوب منه الحق .

والمدعى هو الحق الذى يطلبه المدعى من المدعى عليه .

والدعوى هي القول الذى من للمدعى ليفيد أن له حقاً قبل المدعى عليه .

(١) مصر الكلية الشرعية - جلسة ٢٩/٥/١٩٢٧ القضية رقم ٧١٩ سنة ١٩٢٥ - كلى - للحاماة الشرعية - السنة ١ - ص ٤٧٤ .

(٢) ينظر في حكم الدعوى الصحيحة والفاسدة : مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعوى الشرعية - للأستاذ محمد زيد الإياني - طبعة ١٩٢٤ - ص ١٩ ، والأصول القضائية في المرافعات الشرعية - للقاضى على قراعة - ١٩٢٥ - ص ٣٠ .

وينكر الفقهاء الفروق التالية (١) بين المدعى والمدعى عليه (٢) .

١- أن المدعى من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب لجبر عليه .

٢- أن المدعى يلتزم قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً ، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه .

٣- أن المدعى من يخبر عما فى يد غيره لنفسه ، والمدعى عليه من يخبرهما فى يد نفسه لنفسه .

٤- أن المدعى من يتلمس خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر .

٥- أن ادعى عليه هو المنكر ، والآخر المدعى (٣) .

شروط قبول الدعوى فى قانون المرافعات الجديد:

٨٢- تقضى المادة ٣ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بأنه : لا يقبل أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الفرض من الطلب

(١) تراجع هذه الفروق فى : مباحث المرافعات - للشيخ محمد زيد الإياني - المرجع السابق - ص ٥ ، وشرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - المرجع السابق - ص ٢٣١ والأصول القضائية - للقاضي على قراعة - المرجع السابق - ص ٥ و ٦ .

(٢) وقد قضى بأن الدعوى تتميز وتتميز عن غيرها بمشخصاتها وهى طرفا الخصومة والموضوع - فإذا تغير أحد من هذه المشخصات كان إختلقت فى الموضوع ، تغيرت الدعوى ولو إتخذ الموضوع كما تتغير إذا إختلف الموضوع واتعد الخصوم فيها (العليا الشرعية - جلسة ١٩٢٨/٧/٢٢ المحاماة الشرعية - السنة ١٠ - ص ٢٢٢) .

(٣) من ذلك يتضح أن الدعوى القضائية الشرعية قد تطورت إلى حد يبعث على الرضا والإعجاب : فلا يلى المدعى بدعواه إلا ويبيده حجة التاحضا ، بخلاف ما إذا كانت حجة ناحضة : ففى هذه الحالة الأخيرة لا ترقى إلى الحيز القضائى ولا يقام لها وزن (فى عالم القضاء - للأستاذ عباس طه - للحامى الشرعى - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٥ و ٦ وما بعدها - ص ٢٥٥ وما بعدها) .

الإحتياط لنفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال نفعه عند النزاع ، .

ويبين من مطالعة هذا النص أن المشرع لم يعن من شروط قبول الدعوى التي أجمع عليها الفقه والقضاء إلا بشرط المصلحة (١) . فتلك الشروط محل إجتهد في الفقه وفي القضاء ، ويندر تدخل المشرع في تفاصيل هذه الشروط .

شروط قبول الدعوى التي تناولها أبحاث الفقه والقضاء هي :

الصفة ، والمصلحة ، والأهلية :

أولاً - الصفة :

٨٣- وتوافر الصفة شرط لقبول الدعوى ، بإجماع الفقه والقضاء، وهو شرط يدهى يتعلق بطرفي الخصومة ، بحيث يتعين أن تكون للمدعى صفة في المطالبة بما يدعيه ، وأن تكون للمدعى عليه صفة في توجيه الدعوى إليه ، أي أن الصفة تحقق ما يشترطه القانون في جانب كل منهما (٢) .

والمنازعة في الصفة تكون على صورة دفع بعدم القبول .

إن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعى هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ، ويترتب على قبوله أن يخسر المدعى دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها وتستنفد محكمة الدرجة الأولى بالقضاء به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى وبطرح الإستئناف عن هذا الحكم الدعوى بما إحتوته من طلبات وأوجه دفاع على محكمة

(١) جاء في كتاب إبن فرحون المالكي (تبصرة الحكام) جزء ١ - ص ٣٧ : لا يسمع القاضي الدعوى في الأشياء المتأففة الحقيمة التي لا يتشاح فيها العقلاء كعشر سمسة - قاله القرافي .

(٢) المرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٣ - ص ١٢٢ .

الاستئناف ، فلا يجوز لها في حالة إلغاء الحكم وقبول الدعوى أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها (١) . بل يجب عليها المضى في نظر الدعوى قبل صاحب الصفة الحقيقي .

ويذهب رأى في الفقه والقضاء بون إعانتها للمحكمة الابتدائية لإستنفاد ولايتها فيها (٢) إلى أن الدفع بإنتفاء الصفة من النظام العام ، ذلك لأن القاعدة أن المحكمة لا تعتمد بالطلب أو بالدفع أو بالطعن إلا إذا كان مطروحاً عليها من جانب الخصم صاحب الصفة في مواجهة الخصم صاحب الصفة أيضاً ، حتى لا تشغل المحاكم بطلبات لا يفيد منها أحد (٣) . ويلاحظ أنه إذا زالت الصفة بعد إقامة الدعوى فإن من شأن ذلك أن ينقطع سير الخصومة طبقاً للمادة ١٣٠ من قانون المرافعات ، ولا يؤدي ذلك إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ، وإنما إلى الحكم بإنقطاع سير الخصومة لزوال صفة المدعى .

المقرر أن حجية الإعلام الشرعى تدفع - وفقاً لنص المادة ٣٦١ من اللائحة الشرعية بحكم يصدر من المحكمة المختصة .

نسب الولد يثبت من المرأة التي تقر بأموئتها متى لم تكن له أم معروفة طالما كان مثله ممن يولد لمثلها ، وأن يصادقها المقرر على إقرارها إن كان في سن التمييز دون توقف على شيء آخر ودون حاجة إلى إثبات ، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو زواج فاسد أو من غير زواج شرعى كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة ، إذ أن ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة وإلا وجب لثبوته

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٧ - للمحكمة - السنة ٥٢ - العدد ٣ و ٤ - ص ٢٨ و ٣٩ ، ومنشور أيضاً : بمجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ العدد ١ - مدنى وأحوال - ١٨ ، ونقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٥ - للمحكمة - السنة ٤٩ - العدد ١ - رقم ٢٧ - ص ٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/٥/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - ٢٢ - ٢ - ٧٠٢ .

(٣) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص ٢٢ وما بعدها ، وأصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص ٣٢٥ .

من زوجها أن يصادقها أو يثبت أن هذا الولد جاء على فراش الزوجية ،
وحيث أن ثبت نسبه منها (١) .

إن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة المؤسس على
عدم وجود علاقة ، هو في حقيقته دفاع في موضوع الدعوى وأزاد على
أصل الحق المطالب به (٢) .

ويطالأن الإجراءات المبني على إنعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى
لا شأن له - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - بالنظام العام ، إذ هو
مقرر لمصلحة من وضع لحمايته ، فإذا ما تنازل عنه ، فإن تنازله يسقط
حقه في التمسك به (٣) ذلك لأن البطلان المبني على فقد أحد الخصوم
صفته في الدعوى يطالأن نسبي .

إنه وإن كان يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى إذا لم يكن
المدعى صاحب صفة في رفعها ، إلا أنه متى اكتسب المدعى هذه الصفة
أثناء نظر الدعوى مراعيًا المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في
القانون ، فإن العيب الذي شاب صفته عند رفعها يكون قد زال وتصبح
الخصومة بعد زوال العيب منتجة لآثارها منذ بدايتها ، وتكون للمدعى عليه
مصلحة في التمسك بهذا الدفع (٤) .

ثانيًا : المصلحة :

٨٤- يشترط لقبول الدعوى أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على
الحق موضوع التقاضي حتى تعود على المدعى منفعة من إختصاص المدعى
عليه للحكم عليه بطلبه مما وصفه قانون المرافعات بأنه المصلحة التي

(١) نقض جلسة ١٩٩٧/٢/٢٧ الطعن ٢٧ لسنة ٦٣ ق لحوال ، المحيط ، للمستشار
حسن منصور طبعة ١٩٩٨ .

(٢) التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، المرجع السابق ، ص ٢٦ .

(٣) نقض جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٢٠ ق ، ونظرية المصلحة في
الدعوى - رسالة الدكتور عبد المنعم الشرقاوي رقم ٢٨٨ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٩٣/١/٢٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٤ - مدني -
ص ٤٠٨ .

يقرها القانون ، ولا يخرج الطعن بالنقض عن هذا الأصل (١) .

والمصلحة - كشرط لقبول الدعوى - هو الشرط الذي عني به نص المادة الثالثة من قانون المرافعات الجديد دون باقي شروط قبولها التي أجمع للفقه والقضاء عليها ، فما لم تتوافر المصلحة لا تقبل الدعوى ، ولذلك يقال مناط الدعوى L'intérêt est la mesure de l'action وأنه لا دعوى حيث لا مصلحة (٢) . pas d'intérêt, pas d'action .

وليس بلازم ثبوت الحق لتوافر المصلحة ، بل تكفي شبهة الحق حتى تكون الدعوى جديدة بالعرض على القضاء (٣) .

أقسام المصلحة وشروطها :

والمصلحة إما أن تكون قائمة وحالة ، وإما أن تكون محتملة أو مستقبلية ، وهناك المصلحة القانونية ، والمصلحة الشخصية المباشرة والمصلحة المشروعة ، والمصلحة النافقة (٤) .

وقد اجتهد رجال الفقه والقضاء في بيان إعتبار بعض أنواع المصلحة ضمن شروط قبول الدعوى ، أو أنها ليست بشرط لقبولها (٥) .

١- فالمصلحة القائمة مؤداها أن يكون قد وقع بالفعل إعتداء على حق رافع الدعوى أو المركز القانوني الذي يسعى إلى حمايته برفع الدعوى .

(١) نقض - جلسة ١٦/٥/١٩٧٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - مدني وأحوال - العدد ١ - ص ٩٢٢ .

(٢) نقض - جلسة ٩/٥/١٩٧٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - ٢ - ٨١٩ .

(٣) أصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص ٢١٤ ، والمرافعات للدكتور عبد المنعم الشرقاوي - ص ٤٧ ، ورسائله ، نظرية المصلحة في الدعوى ، ٤١٢ ، ونظرية الدعوى - للدكتور أحمد أبو الوفا .

(٤) نقض - ١٢/٦/١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - العدد ٢ مدني - ص ٩٧٠ ، ونقض - جلسة ٧/١٢/١٩٥٠ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ٤٥٠ ، ونقض - جلسة ٣/٧/١٩٦٢ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٢٨٨ .

(٥) المراجع السابقة لشرح هذه الأنواع من المصلحة ، والقانون القضائي الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - جزء ١ - طبعة ١٩٧٤ - ص ١٤٧ وما بعدها .

٢- والمصلحة القانونية هي التي تستند إلى حق أو مركز قانوني ، ويهدف المدعى من دعواه إلى حماية هذا الحق أو المركز القانوني بتقرير إذا وزع فيه ، أو نفع العنوان عليه ، أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك.

وقد دل نص المادة ٢ من قانون المرافعات الجديد على أن المشرع عنى بصفة خاصة بالمصلحة القائمة التي يقرها القانون .

٢- والمصلحة المحتملة أو المستقبلية ، فالمحتملة هي التي لم تولد بعد ، وهي بهذه المثابة وأخذاً من نص المادة الثالثة من قانون المرافعات الجديد - لا تكفي لقبول الدعوى إلا بنصفه إستثنائية في حالتين :

(أ) إذا كان الغرض من الدعوى الإحتياط لنفع ضرر محقق .

(ب) إذا كان الغرض منها الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

أما إذا كانت المصلحة غير حالة بأن كانت مع وجودها مستقبلية ، فالمقرر أنها لا تبرر قبول الدعوى قبل حلولها .

لئن كانت دعوى الطلاق من مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أنه يترتب عليها آثار مالية قد تختلف باختلاف الإبقاء على عودة الزوجية أو نكحها بالطلاق . ومن المستقر في قضاء النقض أن العبرة في قيام المصلحة في الطعن بطريق النقض هي بوجودها وتحت صدور الحكم بالحلول - محل الطاعة المتوقعة - مصلحة محتملة في الإستمرار في المطعون فيه . ولا يعتمد بإنعدامها بعد ذلك ، ولما كان لطالب الطعن المعروض ، تتمثل في كونه أحد ورثتها ، وكانت هذه المصلحة متحققة يوم صدور الحكم المطعون فيه لوجود الطاعة على قيد الحياة حينذاك ، فإن وفاتها بعد ذلك لا تأثير لها على تحقق هذه المصلحة وتوافرها في هذا الطعن ، لما كان ذلك فإن طلب الحلول يكون في محله (١) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٣/٦/٢٧ مجموعة المكاتب الفنية - السنة ٢٤ - مبنى وأحوال، ص ٩٨٢ ، ونقض ، جلسة ١٩٧١/١/٦ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٢٢ .

٤- أما المصلحة الشخصية المباشرة فيراد بها أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه ، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية حق أو مركز قانوني لرافع الدعوى أو من ينوب عنه رافع الدعوى إذا كان رافع الدعوى نائباً عن غيره ، فلا تقبل الدعوى من غير صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه مهما كان للغير من مصلحة في حماية حق غيره (١) .

ويكفي لتحقيق المصلحة في الطعن - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - قيامها وقت صدور الحكم المطعون فيه ولا يحول دون قبول الطعن زوال المصلحة بعد ذلك (٢) .

ثالثاً - الأهلية :

٨٥- اختلف فقهاء المرافعات في مصر وفي فرنسا على اعتبار الأهلية شرطاً من شروط قبول الدعوى أو عدم اعتبارها كذلك .

فيذهب البعض منهم - إلى أنه يشترط لقبول الدعوى أن يكون رافعها أهلاً لمباشرتها طبقاً لقانون الأحوال الشخصية .

بينما يرى البعض الآخر - أن الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة إجراءاتها ، بحيث إذا باشر الدعوى من ليس أهلاً لمباشرتها كانت مقبولة ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة ، وتكون الدعوى عندئذ مدفوعة بالبطلان وليس بعدم القبول (٣) . والسائد في الفقه الآن هو اعتبار الأهلية من شروط صحة الخصومة لا من شروط قبول الدعوى (٤) .

(١) الوسيط في شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزي سيف - المرجع السابق - ص ١١٤ .

(٢) نقض - جلسة ٢٥/١٠/١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - مدني - ص ١٥٥٧ .

(٣) الوسيط - للدكتور رمزي سيف - المرجع السابق - ص ١٣٧ .

(٤) أصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص ٣٣ .

فقد قضى (١) بأنه تبين من إقرار المدعية أن الزوج قاصر وقت رفع الدعوى وصرح وكيلها أن سنة لا تجاوز التاسعة ، ويمقتضى ذلك لا تسمع الدعوى عملاً بالمادة ٩٩ من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ ، فقد نصت على أن دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشرة سنة ، ولا شك أن دعوى الطلاق متضمنة لدعوى الزوجية ومبنية عليها ، فنص المادة المذكورة شامل لها ، لأنه لم يفرق بين دعوى الزوجية قصداً ودعواها ضمناً ، وقد جاء النص على أن دعوى الزوجية لا تسمع مطلقاً ، سواء أكان النزاع في منشور الحفانية رقم ٢٦ في ١١/١/١٩٣١ مؤيداً لما ذكرنا ، فإنه ذات الزوجية أم فيما ترتب عليها من الآثار .

وقضى (٢) بأنه بلغ إذا الصغير البلوغ الشرعي صار في يد نفسه ، فله أن يستقل ، وله أن يختار عند من يكون ، خصوصاً إذا اجتمع له رأى وعقل لا يخشى عليه الفتنة .

ومن ثم فمتى بلغ الصغير ١٨ سنة والصغيرة ١٦ سنة ، فإنه يخاصم كل منهما بنفسه ، مدعياً كان أو مدعى عليه ، وتكون الدعوى من أيهما مسموعة متى بلغ السن قبل الحكم في الدعوى .

والصبي المميز أهل للخصومة وأهل الخصومة أهل الدعوى وأهل الدعوى أهل للحلف (٣) .

وحيث أن وكيل المدعى عليه اعترف بأن سن المدعى يزيد على ثمانى عشر سنة ، فهو بإقراره هذا أهل للخصومة شرعاً لتجاوزه درجة البلوغ الشرعي بالسن وهو خمس عشرة سنة ، وهذا كاف في قبول الدعوى أمام

(١) سندروس الشرعية - جلسة ١٩٣١/١/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٢٣٢ .

(٢) أسبوط الشرعية - جلسة ١٩٤١/٢/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ١٤ - ص ٢٣٢ .

(٣) الغياط الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١/٦ - المحاماة الشرعية - السنة ١ - ص ٥٢٠ .

المحكمة على أنه أهل الخصومة في هذه الدعوى قانوناً^(١) .
 وللصغير متى بلغ البلوغ الشرعى أن يخاصم ويخاصم فى غير
 التصرفات المالية ، يستثنى من ذلك فقط ما نص عليه فى الفقرة الخامسة
 من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١^(٢) .
 والأهلية لدى فقهاء القانون الوضعى هى وصف يقوم بالشخص
 فيجعله قابلاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات^(٣) .
 وقد تناولنا - فيما تقدم^(٤) - الأصول الشرعية فى أهلية سماع دعوى
 الزوجية .
 وقد قضى بأن المستأنف عليه لم يبلغ سن الرشد القانونية ، فلا
 يملك الخصومة مع وجود وليه وعدم إجازته^(٥) .
 وقضى أيضاً بأنه إذا بلغت البنت الخامسة عشرة كانت هى الخصم
 فى دعوى ضمها لعصمتها ولا تعتبر والدتها خصماً عنها فى ذلك^(٦) .
 وقضى أيضاً فى طلب المدعى الحكم على زوجته المدعى عليها
 بالدخول فى طاعته فى المسكن المبين فى صحيفة الدعوى وأمرها بذلك
 والزامها بالمصاريف .
 ولدى المرافعة حضر وكيل المدعى عليها ودفع بعدم سماع الدعوى

-
- (١) ملوى الشرعية - جلسة ١٩٣٥/٢/٢٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٧ - ص ٨٤٩.
 (٢) شبين الكوم الشرعية - جلسة ١٩٥٣/٦/١٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - ص ١٣٣.
 (٣) شبين القناطر - جلسة ١٩٤٦/١١/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ١٨ - ص ٤٥.
 (٤) تراجع - سابقاً - الفقرات ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ من هذا الكتاب .
 (٥) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٤/١٠/١٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٥٦ - ص ٥٧.
 (٦) محكمة الاستئناف الشرعية الأرينية - كتاب المبادئ القضائية للأستاذ محمد حمزة المرعى - طبعة ١٩٧٢ - ص ١٣١ .

لأنها لم تبلغ سن الخصومة ، وقدم شهادة ميلادها ، وفيها أنها مولودة في ١٩٦٢/٧/٤ .

ويجلسة ١٩٧٥/٢/٩ حكمت المحكمة حضورياً بعدم سماع هذه الدعوى وألزمت المدعى بمصاريفها الرسمية ومائتي قرش اتعاب المحاماة^(١).

واقامت هذا القضاء على سند من القول بأنه ثبت من شهادة ميلاد المدعى عليها أن سنّها الآن بالتاريخ الهجري ٦ يوم ١٢ سنة ، ومن ثم لم تبلغ سن الخصومة وهو ١٥ سنة ، وبالتالي فهي غير اهل للخصومة .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت أهلية الخصومة قضاء في مسائل الأحوال الشخصية إنما تتحقق بالبلوغ بالعلامات الطبيعية كالحيض بالنسبة للأنثى ، فإذا لم تحض كان البلوغ بالسن خمسة عشر عاماً ، وكانت المادة ٤/٩٩ من لائحة المحاكم الشرعية قد قضت بعدم سماع دعوى الزوجية وما يتعلق بها إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة - لما كان ذلك وكان الحكم قد أقام قضاءه بعدم سماع الدعوى على سند من أن المدعى عليها لم تبلغ من السن ١٥ سنة وأنها بهذا غير اهل للخصومة فإنه يكون قد بنى على أساس قانونى خاطئ .

(١) المنزلة - جلسة ١٩٧٥/٢/٩ - القضية ٢٧٦ سنة ١٩٧٤ - أحوال نفس .

الفصل الثانى

سماع الدعوى

٨٦- قلنا إن الدعوى الشرعية تتميز بسمات تضافى عليها ناتية خاصة ، لمساسها بعلاقات الإنسان بزوجه وأولاده وأسرته منذ كان جنيناً حتى قضى ، سواء أكانت تلك العلاقات خاصة بذاته أو بصفاته أو بأمواله .

ولم يكن هناك تقنين للمرافعات الشرعية مثلما كان للمرافعات المدنية ، إلا أن المرافعات الشرعية إستملت أصولها مما تضمنته لائحة ترتيب المحاكم الشرعية منذ عام ١٨٨٠ من الإجراءات ومما تخلف عن رجال القضاء الشرعى من تراث نفيس من المبادئ القضائية .

ومن تلك السمات المميزة أحكام سماع الدعوى وعدم سماعها .

وقد أبقى قانون توحيد القضاء على بعض نصوص من اللائحة الشرعية تناولت أحكام عدم سماع الدعوى ، وألغى بعضها الآخر .

وهذه الأحكام الباقية قد نصت عليها المواد ٩٨ ، ٩٩ ، ١٢٧ ، ٣٧٥ .

فتقضى المادة ٩٨ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٣١ بشأن اللائحة الشرعية على أنه :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بولحد منها ، وكذا الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاه كذلك تدل على ما ذكر » .

ونصت المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية على أنه :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أشرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة للتزوير تدل على صحتها .

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأشرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاه كذلك .

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ .

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة أو أن سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا .

ولا تسمع دعوى الخنقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كان يدينان بوقوع الطلاق .

ونصت المادة ١٣٧ من اللائحة الشرعية على أنه :

« يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو إستبداله أو الإسهال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إلا إذا وجد إشهاد بذلك ممن يملكه على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأنوب من قبله كالمبين في المادة ٢٦٤ من هذه اللائحة وكان مقيداً بدفتر إحدى المحاكم الشرعية المصرية .

وكذلك الحال في دعوى شرط لم يكن مدوناً بكتاب الوقف المسجل وفي دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر .

ولا يعتبر الإشهاد السابق الذكر حجة على الغير إلا إذا كان ملخصه مسجلاً بسجل المحكمة التي بدأرتها العقار للموقوف طبقاً لأحكام المادة ٣٧٣ من هذه اللائحة .

ونصت المادة ٣٧٥ من اللائحة الشرعية على أن :

« القضاء ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المادة (١) .

يقضى الفقه بأن من شروط صحة الدعوى أن يكون كل من الخصمين عاقلًا ، فدعوى المجنون غير صحيحة ، وينوب عنه وليه (٢) .

ولا بد لقبول الدعوى من وجود المدعى به في يد المدعى عليه فيطالب به ، أو في يد المدعى فيطلب منع التعرض له فيه ، ولا ثالث بعد ذلك تقبل الدعوى به - ومتى كان المقصود بالدعوى الحيلولة بين المدعى وبين تنفيذ حكم نهائى صادر له رد قصده عليه (٣) .

ويكفى في الدعاوى بيان غرض المدعى من كلامه (٤) .

(١) وقد قضى بأن ترك الدعوى بالحق المدة الطويلة مع التمكن وإنكار الخصم للحق طول المدة وعدم العذر الشرعى مانع من سماع الدعوى ، ومن ذلك ما جاءت به المادة ٢٧ من القانون ٢٨ لسنة ١٩٣١ (السيوط الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٢/١٠ ، والمعاملة الشرعية - السنة ١٦ ص ١٧٠ والسيوط الشرعية ، جلسة ١٩٤٠/٤/٦ ، والمرجع السابق ، السنة ١١ ، ص ١٧٥) .

(٢) الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٥/١٠ - المعاملة الشرعية - السنة ٨ ص ٢٠٤ .

(٣) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١١/١٣ - المرجع السابق - السنة ٢ ص ٦٤٤ .

(٤) الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ٦ ص ٢٥٢ .

وإذا لم يكن المدعى جازماً بالدعوى تكون غير صحيحة شرعاً (١) .

وقرار (حكم) الدعوى المبني على سبق الفصل في الموضوع برفضه من محكمة أخرى نهائياً لظهور كذبها هو بمعنى عدم السماع طبقاً لما هو مقرر فقهاً من أن شرط سماع الدعوى أن لا تكون مكذوبة . فلا يكون هذا القرار (الحكم) مانعاً من سماع هذه الدعوى مرة أخرى (٢) .

وحيث إن القول بأن الدعوى فيها شك إذا لم يصر المدعى على سبب فيها لا وجه له ، لأنه لا مانع من سماع الدعوى إذا بنيت على سببين أو أكثر ما دام كل منهما أو مجموعهما لو ثبت يوجب الحكم بالمدعى ، ولا يعتبر هذا من الشك في الدعوى (٣) .

وحيث أن ما نفع به من سبق الفصل في هذه الدعوى (تسليم صغيرة لتجاوزها سن الحضنة) واجب الرفض ، لأن المنع من هذه الدعوى ليس منعاً كلياً ، بل أن هذا مما يتعدد سببه فيصح تعددها كلما تعدد السبب (٤) .
الدعوى متجددة السبب يصح سماعها ولو سبق الفصل فيها إذا تغير الحال (٥) .

معنى عدم سماع الدعوى :

٨٧- يستفاد من نصوص المواد السابقة ومن المبادئ القضائية الشرعية أن عدم سماع الدعوى كانت له معان متعددة ، وأنه يدفع بعدم سماع الدعوى على النحو التالي :

(١) إذا أريد الدفع بعدم سماع الدعوى لسابقة الفصل فيها :

٨٨- فمسائل الحقوق التي تتجدد بتعاقب الزمان كالإسار والإعسار

(١) إسنا الشرعية - جلسة ١٦/٤/١٩٢٨ - المرجع السابق - السنة ٩ - ص ٥٤٩ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ٢٤/٦/١٩٤٠ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٢٨ .

(٣) الدنيا الشرعية - جلسة ٣٠/١١/١٩٢٠ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٢٥ .

(٤) كرموز الشرعية - جلسة ٢٦/٩/١٩٣١ - المرجع السابق - السنة ٤ - ص ٣٦٥ .

(٥) الدنيا الشرعية - جلسة ٢٩/١٠/١٩٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢ - ص ٦٩٧ .

وإستحقاق النفقة والحضانة ، ليس يمنع من سماعها سبق الفصل فيها (١) .

إن قرار (حكم) رفض الدعوى المبنى على سبق الفصل - فى الموضوع برفضه نهائياً لظهور كذبها ، هو بمعنى عدم السماع طبقاً لما هو مقرر فقهاً من أن شرط سماع الدعوى أن تكون مكذبة قطعاً ، فلا يكون هذا القرار مانعاً من سماع الدعوى مرة أخرى (٢) .

ولا يقبل للدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل من محكمة غير مختصة ، ولا يمنع المحكمة صاحبة الاختصاص من النظر والفصل فى الدعوى (٣) .

كما أن سبق الفصل فى دعوى تختلف فى موضوعها عن الدعوى الثانية ، وفى إختلاف المدعى فى الدعويين لا يمنع من سماع الدعوى الثانية (٤) .

والدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فى غير محله ، متى كانت الدعوى قد فصلت بالطريق الشرعى ، فلا تعاد ولا تنقض إلا إذا اتى المدعى بجديد لم يكن فى الأولى (٥) .

وإذا ظهر أن الموضوع مختلف فلا يصح الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فيها ، وإذا كان الموضوع مختلفاً والجهة منفكة ، فلا يكون

(١) مصر الشرعية - جلسة ١٧/٥/١٩٢٧ ، القضية رقم ٣٧٤٦ سنة ١٩٢٦ ، مجلة القضاء الشرعى - السنة ٤ .

(٢) العليا الشرعية ، جلسة ٢/٦/١٩٤٠ ، القضية ١١١ سنة ١٩٣٨/١٩٣٩ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٩ ، ص ٢٨ ، السنبلاتين الشرعية - جلسة ٢٩/٦/١٩٥٤ - القضية ٨٦١ سنة ١٩٥٤ ، المرجع السابق ، السنة ٢٥ ، العدد ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٤٢٨ .

(٣) مصر الابتدائية الشرعية ، جلسة ١٠/٤/١٩٣٨ ، القضية ٣-٤ سنة ١٩٣٦/١٩٣٧ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٧ ، ص ١٣٨ .

(٤) العليا الشرعية ، جلسة ١٠/١٢/١٩٣٨ - القضية ٢١٥ سنة ١٩٣٧/١٩٣٨ ، المرجع السابق ، السنة ٧ ، ص ٢٣٦ .

(٥) أثيوب الشرعية ، جلسة ١٥/١/١٩٤٠ ، القضية ١٦١ سنة ١٩٣٩/١٩٤٠ ، المرجع السابق ، السنة ٩ ، ص ٤٠٠ .

هناك تناقض ويصح الدفع به . على أن المقرر فقهاً ، والذي إستقر عليه العمل قضاء أن التناقض فى دعاوى الإستحقاق يكون مغتفراً إذا كان سببه الخطأ فى فهم شرط الواقف (١) .

هذا فى الأصول الشرعية لمبادئ المرافعات .

أما فى قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فإن لحجية الشيء المقضى لمكام أخرى سوف نعود إلى بحثها فى الكتاب الثانى من هذا البحث (نظرية الإثبات) .

(٢) إذا أريد الدفع بعدم سماع الدعوى لمضى مدة التقادم ؟ .

٨٩- إذا كان الزوج قد وقع بإمضائه على وثيقة الزواج - وهى ورقة رسمية - فإنها تكون حجة عليه وعلى من يخلفه ، فلا يتجه القول بإنكار الحق ولا تنطبق المادة ٣٧٥ من اللائحة - هذا ، بالإضافة إلى أن الفقهاء وقد قالوا بعدم سماع الدعوى عند توافر الشروط الخاصة لذلك . وقد عللوا ذلك بقطع الحبل والتزوير ، وهذا لا يتأتى مع الوثيقة الرسمية التى تحمل الإقرار ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا ومن ثم يكون الدفع بعدم السماع واجب الرفض (٢) .

وإن دعوى الوفاة والورثة ، لا تسمع إلا ضمن دعوى حق يتوقف ثبوتها والحكم به على ثبوت الورثة ، فهى فى الواقع دعوى حق بسبب الإرث . وعلى ذلك فإن دفع هذه الدعوى بعدم السماع للتقادم بمضى المدة الطويلة إنما يتوجه على الحق المدعى به نفسه لا إلى سببه ، لأن سببه ليس مقصوداً لذاته .

ومن حيث أنه لا يسار فى دعوى هذا الحق إلا بعد إثبات سببه وهو صفة الإرث ، فإلى أن تثبت هذه الصفة يكون الدفع بعدم سماع الدعوى

(١) العليا الشرعية ، جلسة ١٩٤٨/٣/١ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٢ ، العدد ١ و ٢ و ٣ ، رقم ١١ .

(٢) ديروط الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٢/٢٨ - القضية ٣١ السنة ١٩٤٩ ، المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٣ و ٤ - ص ٢٢ وما بعدها .

سابقاً لأوانه لأنه لا يتجه إلا عند اليسير في دعوى المالى وتثبيت الملكية في المورث بسبب الإرث (١).

والدفع بعدم سماع الدعوى لمضى المدة القانونية يصح إبدائه قبل الجواب عن الدعوى وبعدمه ما بلم الجواب بالإنكار (٢).

وقد نص الفقهاء على أنه يجب على الإمام أن ينصب ويسمع الخصومات فيما نهى عنه لمضى الخمس عشر سنة وإلا كان أئماً حتى لا يضيع الحقوق وسلطاننا قد أعطانا ذلك في لائحتنا ، ولم ينهنا عن السماع إلا في حالة خاصة هي حالة مضى الخمس عشر سنة أو الثلاث والثلاثين في غير حالة الإقرار وجعلها خاصة بحالة الإنكار المطلق التام في تلك المدة جميعها (٣).

إن إقرار ناظرة الوقف في دعوى سابقة بإسقاط المستحقين الربيع وتنفيذها لمعد الصلح المقدم فيها بهذا الشأن ، فإن من أثر هذا الإقرار - في مفهوم المادة ٢٧٥ من اللائحة الشرعية - وقف سريان المدة المانعة من سماع الدعوى (٤).

ويبين من أقوال الفقهاء بخصوص الدفع بعدم سماع الدعوى لمضى المدة المانعة من سماع مع التمكن وعدم العذر ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٧٥ من اللائحة الشرعية الصادرة بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، أنهم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لم يوردوا الأعذار الشرعية على سبيل الحصر ، ولكن على سبيل المثال ، وجعلوا المنار فيها

(١) العليا الشرعية بالأسكندرية جلسة ٢٦/٥/١٩٥١ ، المجموعة الرسمية ، السنة ١٤ العدد ١ ص ٢٠.

(٢) العليا الشرعية ، جلسة ٢٩/١/١٩٤٨ ، المرجع السابق (٨/٤ شرعى) .

(٣) ديروط الشرعية ، القضية ٧٥٦ سنة ١٩٤٤ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٦ ، ص ٢١٥ .

(٤) نقض - جلسة ١٩/٤/١٩٧٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدنى وأحوال - ص ٧٣٠ ، ونقض - جلسة ١٦/١٢/١٩٦٤ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ١٥٧ .

أن تكون مشروعة المانعة للمدعى من رفع الدعوى ، وتركوا الأمر في تقدير قوتها وكونها مانعة لفطنة القاضي .

والحكم الصادر من محكمة أول درجة برفض الدفع بعدم سماع الدعوى يجوز إستئنافه طبقاً للمادة ٢٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وعلى محكمة الإستئناف وقد إستأنفت وزارة الأوقاف والنيابة العامة هذا الحكم ، أن تفصل في الإستئناف دون أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة (١) .

منع سماع الدعوى بالحق لا يعنى سقوطه لأنه لا يسقط بتقديم الزمن(٢) .

المطالبة المسقطه للمدة هي ما كانت في خصومة شرعية أمام القضاء(٣) .

(٢) إذا أريد الدفع بعدم سماع الدعوى بمعنى طلب رفضها .

٩٠- وطلب الرفض هذا إما أن يكون :

١- لأن الدعوى الكيدية دعوى غير مسموعة ، ومن أدلة الكيد قيام خصومات بين الخصمين (٤) ، وتستفاد الكيدية بالأدلة والقرائن (٥) .

٢- لأن المدعى عليه ليس خصماً حقيقياً .

فإذا كان الثابت أن المدعى عليها لا بد لها على أحد من الأولاد المطلوب ضمهم فلا تكون خصماً حقيقياً للعم في دعوى الضم هذه ، ويتعين قبول الدفع بعدم سماع الدعوى ، وأن الدفع بعدم وجود خصومة بين الزوجين

(١) كفر الزيات الشرعية ، جلسة ٤/٢/١٩٤٠ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٩ ص٧١ .

(٢) أسيوط الشرعية - جلسة ٤/٦/١٩٤٠ - المحاماة الشرعية - السنة ١١ - ص١١٥ .

(٣) أسيوط الشرعية - جلسة ٤/٦/١٩٤٠ - المرجع السابق - ص١٢٥ .

(٤) منوف الشرعية - جلسة ١/٢/١٩٤٤ - المرجع السابق - السنة ١٩ - العدد ٤ و٦٥ - ص١٢٤ .

(٥) شبين القناطر الشرعية - جلسة ٦/١٥/١٩٥٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ و٢ و٣ - ص١٢٠ .

وأنهما متواطئان ضد الكفيل ، لا يقول عليه (١) .

٢- لأن المدعى به أكثر مما للمدعى .

فلا يسمع الدفع بعدم سماع دعوى الدين على التركة وأن المدعى أخذ حصته من التركة فيقابلها حصته من الدين بقدرها (٢) .

٤- لأن المدعى به مخالف للنص الشرعي .

إذا كان الثابت أن تحديد نفقة العدة المتفق عليها قد جاء على خلاف حكم المادتين ١٧ و ١٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان هذا يعد تلفيقاً بين نص شرعي وآخر غير شرعي وآخر ليس من بابہ وضع لغرض خاص غير جائز وأن مؤدى ذلك ثبوت الجهالة في هذا الصلح (المتفق عليه) فيكون باطلاً شرعاً وليس للقاضي أن يقر صلحاً باطلاً ، وتكون بموضوعه غير مسموعة (٣) .

٥- لأن الدعوى صورية .

كان من المألوف في دعاوى الميراث على الخصومة أن يتحايل صاحب الشأن في رفعها لا على خصم شرعي حقيقي (٤) . بل على شخص يسخره لهذا الغرض ، وتكون النتيجة أن تحكم المحكمة بثبوت حقه في الميراث أو بئى حق آخر يدعيه وهو عمل خطير يعرض مصالح العباد للضياع .

ولا مشاحة في أن عدم سماع مثل هذه الدعوى إنما يأتي من قبل المحكمة وعليها أن تبين في الحكم الأسباب التي أدت بها أو إصداره أسوة

(١) منوف الشرعية - جلسة ٣٠/١٠/١٩٥١ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٢٤٩ .

(٢) ديروط الشرعية - جلسة ٩/٥/١٩٤٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٥ و ٦ - ص ٣٠٧ .

(٣) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١/٢٨/١٩٥٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - ص ٢٤٧ .

(٤) شرح اللائحة التنفيذية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - المرجع السابق - طبعة ٢٤٥ ص ٢٤٨ .

بمسائر الأحكام بل أن ذكر الأسباب هنا ادعى ، وهذا لا يقتصر على محكمة الدرجة الأولى بل لمحكمة الدرجة الثانية أيضاً العمل به عند وجود المسوغ.

٦- لأن الدعوى بطريق التواطؤ .

فقد يتظاهر إثنان أو أكثر بأن بينهم خصومة ويطرحونها على القضاء، مع أنه ليس - فى الواقع - ثمة نزاع حقيقى بينهم ، بم أنهم تحايلوا فقط للحصول على حكم يشهرونه سلاحاً فى وجه الغير . ولما كان العمل القضائى اسمى من هذا التلاعب الذى قصده ، فمن ثم يتعين رفض الدعوى . وعلى المحكمة أن تبين الأسباب التى حدت بها إلى إصدار هذا القضاء ، كما أن على محكمة الدرجة الثانية أن ترفض مثل هذه الدعوى إن فاتت تلك محكمة الدرجة الأولى (١) .

وفى هذا يقرر منشور الحقانية (٢) أن بعض المحكوم عليهم بنفقات لأقاربهم يتواطؤون مع زوجاتهم على طلب نفقة زوجية ، وهم إنما يقصدون بذلك منع تنفيذ الحكم الأول . فأشارت الوزارة إلى رفض دعاوى النفقات إذا ظهر أن ليس هناك خصومة حقيقية بين الطرفين وأن الغرض من التداعى مجرد الإحتيال على عدم تنفيذ الحكم الأول الصادر بالنفقة .

(٤) إذا أريد بالرفع بعدم سماع الدعوى عدم قبولها .

٩١- أنه بالنسبة لشروط سماع الدعوى بين مختلفى الملل فإن من مقتضيات تطبيق الشريعة الإسلامية فى حالة الطلاق أن يحكم بعدم سماعه أيضاً ، إذ من شروط سماع الدعوى أن تكون جائزة القبول شرعاً بمعنى ألا تكون متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية التى لا تعرف التفريق الجسمانى (٣) .

إن من شروط قبول الدعوى عدم المنع من سماعها قانوناً ، والمنع من

(١) شرح اللائحة التشريعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد ، المرجع السابق ص ٢٤٩ .

(٢) يراجع منشور الحقانية رقم ٢٩٣٥ رقم ٢ فى ١٩١٥/٦/٢ - الدليل المرشد - للأستاذ محمد الغريب - طبعة ١٩٣٥ - رقم ١٦٢ ص ٨٣ .

(٣) القاهرة الإبتدائية للأحوال الشخصية - جلسة ١٩٥٩/٢/٥ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٨ - العدد ٣ و ٤ - ص ١٢٩ .

سماع الدعوى قد يكون لحكمة موضوعية قدرها المشرع ، فيكون صريحاً ومباشراً .

وقد يكون مسألة إجرائية جزاء على مخالفة حدده المشرع لمكان الإلتجاء إلى القضاء ، فيترتب على هذه المخالفة سقوط الحق في ذلك وبالتالي عدم قبول الدعوى (١) .

وإذا رُفِعَ للمحامى بتوكيل شفوي الدعوى ، فإن الدفع بعدم سماعها لتقديمها من غير ذي صفة يكون غير مقبول (٢) .

ولو كان الإقرار بالزوجية أو الإنكار مقيداً لسماع دعوى الزوجية وإن كانت السن غير مطبقة على المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لجاز في حالة عدم بلوغ الزوجين أو أحدهما للسن المحددة إثبات مصادقتها على الزواج ، لأن الإقرار والمصادقة بمعنى واحد ، مع أن المصادقة معنوية بنص المادة ٣٩٧ من القانون المذكور . وعلى هذا فلا يفيد تقييد النهى بعدم سماع دعوى الزوجية بحالة الإنكار لهذه الزوجية . إن النهى عن عدم سماع دعوى الزوجية في حالة عدم بلوغ أحد الزوجين السن ليس قاصراً على دعوى الزوجية فقط ، بل على ما يترتب عليها أيضاً من طاعة وميراث وغير ذلك ، لأنه متى سقط الأصل سقط الفرع (٣) .

وفي الحوادث الواقعة أول أغسطس سنة ١٩٣١ لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية يصدر الإقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها ، وطلب إصدار البطاقة العائلية لا يدخل في هذا النطاق ولا يحمل معنى الرسمية .

والإقرار المفعول عليه هو الإقرار الذي يحصل في مجلس القضاء . أما

(١) أصول المرافعات - الدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص ٣٣٠ .

(٢) السيدة زهنب الشرعية - جلسة ١٩٣٧/١/٢٠ - القضائية ٢٥٢٧ سنة ١٩٣٥/١٩٣٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٧ - ص ١٧٣ وما بعده ، وقد تأيد استئنافية بجلسته ١٩٣٧/١/١٢ .

(٣) مصر الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤١/٣/١٩ - المحاماة الشرعية - السنة ١٠ - العدد ٧ و ٨ - ص ٦٢ .

الإقرار الذي يحصل خارجه أو في ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقود الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه (١) .

٥- أما بالنسبة لسماع دعوى الوصية عند الإنكار في الحوادث من سنة ١٩١١ واحد من أمور ثلاثة :

(أ) أوراق رسمية .

(ب) أوراق مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاءه .

(ج- أن تكون ورقة الوصية مصدقاً على توقيع الموصى عليها وذلك طبقاً للقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ والمادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ (٢) .

٩٢- إن القانون منع من سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار إذا لم توجد أوراق مما اشير إليها في المادة ٩٨ من اللائحة تدل على صحة الدعوى .

فوجود هذه الأوراق ليس المقصود منه إثبات صحة الدعوى من الناحية الشكلية ولا إثبات صحة وقائعها من الناحية الموضوعية ، بل المقصود أنه يجب قبل سماع الوصية والسير في موضوعها التحقق بمقتضى هذه الأوراق من خلوها من شبهة التزوير ، وأن وقائعها تستند مبدئياً إلى ما يؤيد صحتها ، فكل ورقة تدل نصاً أو إشارة أو ضمناً أو تصلح لأن تكون قرينة على صدور الوصية كمحضر التصديق على التوقيع تكفي مسوغاً لسماع الدعوى بها ولو لم تكن كافية لإثباتها ، وكذلك يصلح مسوغاً لسماعها كل ورقة تكون مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه تفيد حصولها ولو كانت هذه الورقة ليست هي ورقة الوصية نفسها . بأن كانت خطاباً يشير إليها أو إقراراً بصورها على وجه الإحتمال أو تبليفاً عن حصولها أو غير ذلك مما يتضمن الإشارة إليها أو الإخبار

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/٣/٢٠ - الطعن ٢٣ للسنة ٢٨ ق .

(٢) سراج الابتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٥٤/١/٢٠ ، القضية ١ سنة ١٩٥٣ كلى ، المجموعة الرسمية ، السنة ٥٤ ، العدد ٧ و ٨ ، ص ٢٩٧ .

عنها، وهذا المعنى هو ما يقيد به نص المادة المذكورة (١).

وإن النص في المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٢/٢ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ - على أنه : لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى في الحوادث الواقعة منذ سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر ، مؤداه أن الوصية إذا كانت غير منكرة سمعت الدعوى بها والإنكار الذي عناه الشارع هو الإنكار المطلق سواء في مجلس أو قبل قيام ، فإذا أقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها إمضاءه أو أمام قاض في مجلس قضاء قبل رفع الدعوى التي إنتهى الإنكار وتعين سماعها (٢) .

٦- وبالنسبة لعدم سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو إستبداله أو الإنفال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط .

٩٣- فقد قصد الشارع من نص المادة ١٣٧ من اللائحة الشرعية - على ما يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوقف - أن يحدد الدليل الذي يقبل قانوناً كمسوغ لسماع الدعوى المنصوص عليها في تلك المادة ، فقصره - عند الإنكار - ما لم يقدم الإشهاد الشرعي ، إذ أن القول بذلك يتجافى مع ما قصده الشارع . والإنكار المعنى بالمادة ١٣٧ سألقة الذكر هو الإنكار القاطع المضطرد . فإذا كان هناك ثمة إقرار يحتاج به الخصم المنكر ، ولو في غير الخصومة المرفوعة بالإنكار ، فإن الإنكار لا يعتد به (٣) .

الطبيعة الشرعية والقانونية لعقد الحكر :

٩٤- يرى الفقهاء في تعريف عقد التحكير أنه تلجير الأرض للبناء أو

(١) العليا الشرعية بأسبوط - جلسة ١٢/٤/١٩٥٢ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٤ - العدد ٥ و٦ ص ٢٢٨ .

(٢) نقض - جلسة ١/٨/١٩٧٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - العدد ١ - مدني - ص ٢٥ وما بعدها .

(٣) نقض جلسة ١٢/٤/١٩٦٢ - الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٦ ق .

القراس على وجه البقاء والقرار (١) .

وإن المنصوص عليه أن ما يحدثه المحتكر بالأرض الموقوفة يكون مملوكاً له ، فله بيعه وهبته وتأجيريه ويورث عنه إذا مات ووارثه يقوم مقامه في حق البقاء والقرار ما دام يدفع أجر المثل لجهة الوقف (٢) .

وإنه لما كان القانون المدني القديم الذي إنعقد أثناء سريانه لم يقنن أحكام حق الحكر ، وكان منشأ هذا الحق الشريعة الإسلامية ، فقد إستقر الرأي على الأخذ بأحكامها . وإذا كانت قواعد الشريعة تعطى للمحتكر الحق في الإنتفاع بالعقار المحتكر إلى الأبد أو لمدة طويلة وحق البناء عليه وقتصرف في ذات الحق وفي ثماره ، فإن هذا الحق يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة (٣) .

وفي مجال القوادين المكملة للائحة الشرعية نجد أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، قد تضمن بدوره أحكاماً في سماع الدعوى وعدم سماعها :

٧- فتتقاضى المادة ١٥ منه بعدم سماع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة عن وقت الطلاق أو الوفاة .

٩٥- فلا يثبت النسب إذا جاءت المطلقة بولدها لأكثر من سنة شمسية طبقاً للمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . وسكوت المطلق عن نفى النسب عن ولادة مطلقته وعدم إعتراضه على إثبات المولود رسمياً منسوباً إليه في حكم الإقرار بالنسب فلا يعول على إنكاره

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥١/٣/٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥١/١/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١ مدني - ص ٥١ وما بعدها .

النسب بعد ذلك ولا يكفي مجرد إنكار النسب بل لابد من إتخاذ طريق نفيه في حينه (١) .

وإن ما جاءت به المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من ستة من تاريخ الطلاق إنما هو خاص بمن تدعى ما ذكر بعنوان كونها مطلقة لا بعنوان كونها مراجعة وقد وضعت الولد على فراش الزوجية الصحيحة التي حدثت بعد الطلاق (٢) .

ولقد كان صحيحاً أن دعوى المطلقة ببنوة ولدها من مطلقها لا تسمع إذا أتت بالولد بعد ستة من تاريخ الطلاق - إلا أنه متى كانت الدعوى قائمة على قول الزوجة أنها أتت بالأولاد على فراش زوجية صحيحة - وقد ثبتت المباشرة بالبينة الشرعية والأوراق والتحقيقات - فإنه لا محل لإعمال نص المادة ٢٥ من القانون رقم ١٩٢٩ (٣) .

وإن ما نصت عليه المادة الخامسة عشر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من عدم سماع دعوى النسب عند الإنكار لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من ستة من وقت الطلاق - هذا النص مقصور على منع سماع الدعوى لكونها تثبت النسب أو نفيه - فإذا كانت الدعوى المرفوعة بطلب نفي نسب طفل فإنه لا يجدى رافعها مجرد الاستناد إلى نص المادة المذكورة ويتمين بحث موضوع النسب من الناحية الفقهية الشرعية (٤) .

ومن المقرر في الفقه الحنفي أن نسب ولد معتدة الموت يثبت إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت للموت إذا كانت كهيبة وغير مدخول بها، وقد كان هذا هو المعمول به على أنه أرجح الأقوال في مذهب أبي

(١) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩/١/١٩٥٠ - المحاماة الشرعية السنة ٢٤ - ص ١٠١ .

(٢) أسبوط الابتدائية الشرعية - جلسة ٧/٨/١٩٤٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - ص ٤٠٥ .

(٣) إستئناف طنطا - جلسة ٢/٢/١٩٦٠ - الإستئناف رقم ٢٤ لسنة ٢٩ ق ١ لأحوال شخصية .

(٤) إستئناف طنطا - جلسة ١/٢٦/١٩٦٤ - الإستئناف رقم ١٩ لسنة ١٢ ق ١ لأحوال شخصية .

حنيقة حتى جاء نص المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معدلاً
المدة فجعلها سنة واحدة ، ونص على عدم سماع دعوى معتدة الوفاة إذا
أتت بالولد من سنة من الوفاة (١) .

٨- وتنص المادة ١٧ من القانون المذكور على أنه لا تسمع الدعوى
لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، كما أنه لا يسمع عند
الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من
تاريخ الطلاق .

٩- وتنص المادة ١٨ منه على أنه لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر
بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

١٠- ونصت الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية
بعدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات
نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

٩٦- إن الدفع بعدم السماع لا وجه له لأن الدعوى مبنية على أن
المدعى عليه فرض على نفسه برضاه لزوجته وولديه الصغيرين نفقة
معينة وعلى طلب أمره بأداء ما فرض وبما أن المنصوص عليه أن نفقة
الزوجة وكذا نفقة الصغير تعتبر ديناً بالقضاء أو الرضاء ولا تسقط بمضى
شهر فأكثر ، لذلك يكون النزاع بين المدعية والمدعى عليه غير مبني في
هذه الدعوى على إستحقاق النفقة أو عدم إستحقاقها إذ أن النفقة المفروضة
بالتراضي كالمفروضة بقضاء القاضى ، والفقرة السادسة من المادة ٩٩
تمنع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها
تاريخ رفع الدعوى ، والمراد بدعوى النفقة في هذه الحالة طلب الحكم
بإستحقاق النفقة أما موضوع الدعوى فمعنى على أن النفقة مستحقة فعلاً
لرضاء المدعى عليه بتقريرها بموجب محضر الصلة الذى إدعى صدوره
منه ، لذلك يتعين رفض الدفع بعدم السماع (٢) .

(١) إستئناف القاهرة - جلسة ١٩٦٥/١/٢١ - الإستئناف رقم ٢٤ لسنة ٨١ق .

(٢) الخليفة الشرعية - جلسة ١٩٢٤/١/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة

١١- ونصت الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية على عدم سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة ميلادية للزوجة وثمانى عشرة سنة ميلادية للزوج .

٩٧- وكانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة وثمانى عشرة سنة للزوج سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد فرئى تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق وإحتراماً لأثار الزوجية أن يقتصر المنع من السماع على حالة واحدة وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحدد (١) .

وقد سبق تفصيل ذلك (٢) .

الخلاصة :

٩٨- يخلص مما تقدم أنه كلما تضمنت النصوص الشرعية أو المبادئ القضائية الشرعية دفْعاً بعدم سماع الدعوى ، فقد تعين - وفى إطار الأصول المتقدمة - معرفة القصد منه ، فقد يعنى :

١- عدم قبول الدعوى :

إما لعدم وجود صفة فى رافعها .

وإما لعدم الصلحة لدى رافعها .

وإما لعدم توافر الأهلية فى إقامتها .

٢- لسابقة الفصل فيها .

٣- بطلب رفضها .

١- إما لكيينتها .

(١) للذكر الإيضاحية للقانون ٧٨ لسنة ١٩٣٤ للعمل بالقانون ٨٨ لسنة ١٩٥١ .

(٢) تراجع - الفقرات ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ و ٨٥ .

- ولما لإنعدام الخصومة الحقيقية .
- ولما لأن المدعى طلب أكثر مما هو مستحق له .
- ولما لمخالفة النص الشرعى .
- ولما لصوريته .
- ولما لأن الدعوى رفعت بطريق التواطؤ .
- ٤- مضى المدة (التقادم) .
- ٥- لأن الشارع أراد دفع الغش والتزوير والتحايل .

الفصل الثالث

الجواب عن الدعوى

٩٩- قلنا إن المادة ٢٨٦ من اللائحة الشرعية - التى لم يتناولها الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - قد تضمنت متى يكون الحكم غيابياً وإعتبرته كذلك إذا غاب المدعى بعد الجواب عن الدعوى بالإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية وكذلك إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار .

وقلنا أيضاً أن مواد الجواب عن الدعوى (١٠٥ إلى ١١٢) من اللائحة الشرعية قد تناولها قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء ، وقد وردت تلك المواد فى الفصل الخامس من الباب الثانى (فى المرافعات) من الكتاب الرابع من اللائحة الشرعية .

وأحكام الجواب عن الدعوى قد تضمنت خليطاً من قواعد المرافعات وسير الخصومة أمام المحكمة ، وإعلان الخصوم فى الدعاوى الشرعية ، وحضورهم فيها وغيابهم ، والأثر المترتب على ذلك كله .

ولا نجد مناصاً من دراسة تلك الأصول الشرعية لكى نعرف المراد من الجواب عن الدعوى والآثار التى تقررها لحكامه لكى نصل من ذلك إلى معرفة متى يكون الحكم غيابياً فى مفهوم اللائحة الشرعية المعقبة قانون المرافعات الشرعية - خاصة وأن المعارضة - كطريق من طرق الطعن فى الأحكام - لا يزال مقررراً معمولاً بها فى الأحوال الشخصية خلافاً لقانون المرافعات .

مناط الجواب عن الدعوى :

١٠٠- إننا ما طرحت الدعوى الصحيحة على المحكمة ، وإنعى المدعى فيها بما جاء بالصحيحة ، فإن من مقتضى الأصول الشرعية فى المرافعات أن يقوم المدعى عليه بالجواب عنها ، إما بالكتابة قبل الجلسة ،

ولما شفهياً في الجلسة (م ١٠٥ من اللائحة الشرعية) (١) .

وقد رسمت المادة ١٠٦ من اللائحة الشرعية سبل الجواب عن وقائع الدعوى ومؤدى ذلك أن على المدعى عليه أن يذكر صراحة ما إذا كان يقر بالدعوى ، أو أنه ينكرها (٢) ، وفي الحالة الأخيرة يتعين عليه أن يبين وقائع دفعه ولحواله ببياناً واضحاً لا إبهام فيه ، من تفسير أدلته والوجه الشرعي الذي إستند عليه فيه وإذا تعدد المدعى عليهم ولم تتحد مصالحتهم كان على كل منهم أن يقر أو أن ينكر بنفس القواعد السابقة منفرداً .

ومن المقرر فقهاً أنه متى أديت الدعوى مستوية شرائطها الشرعية ، كان من أحكامها وجوب الجواب على المدعى عليه ، وهذا الجواب قد يكون دفعاً في غير الموضوع أو في الموضوع ، وقد يكون إعتراضاً ، وقد يكون إنكاراً ، فإذا كان الجواب عن الدعوى الصحيحة واجباً ومعناه أن للمحكمة أن تلزم المدعى عليه بالإجابة عنها ، فإنه من الواضح أنه ليس معنى هذا الإلزام أن المحكمة تنتزع الجواب من فم المدعى عليه إنتزاعاً ، لأن هذا غير معقول ، ولأن ثمة أمراً يتعين فرضه وهو سكوت المدعى عليه وإلتزامه هذا السكوت وإن فمعنى هذا الإلزام أن المحكمة متى كلفت المدعى عليه الجواب فإنها بهذا التكليف وضعت الوضع القانوني من الدعوى ، فإذا اجاب دفاعاً أو معترفاً - فذاك - وإلا فهو منكر - ومجيب وإن سكوت عن وقائعها بالإنكار ولذا يكلف مدعيها الإثبات لوقائعها التي أنكرها المدعى عليه (٣) .

ولذا لم يتسن للمدعى عليه أن يجيب على الدعوى على الوجه السابق ، لضيق الوقت أو لأي عذر أخر تقدره المحكمة ، عليها أن تجيبه إلى طلب التأجيل وأن تؤجل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى ، فإن لم يجب على

(١) فإذا حضر المدعى عليه في الجلسة وطلب التأجيل للجواب جاز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً لذلك ، فإذا لم يجب في الجلسة الأخرى ، إعتبرته منكراً .

(٢) وعلى كاتب الجلسة (أو أمين سرها) أن يدون أقوال المدعى عليه التي تضمن إقراراً بالدعوى أو إنكاراً لها بمحضر الجلسة .

(٣) كرموز الشرعية - جلسة ١٩٧١/٢/٢٠ - المحللة الشرعية - السنة ٥٢ - ص ٢٢٠ .

الدعوى فى الجلسة التالية لى الجلسات التى قد تؤجل إليها الدعوى ، إعتبر المدعى عليه منكر للدعوى .

ولا فرق بين إعتبر المدعى عليه منكرًا للدعوى ، وبين أن يكون قد حضر وامتنع عن الجواب أو لم يحضر أصلاً ، إذ فى هذه الحالة ادعى إلى عده منكرًا^(١) .

أما ما عدا ذلك من أحكام خاصة بالحضور ، والغياب ، وشطب الدعوى ، أو إعتبرها كأن لم تكن ، وما إلى ذلك فإن القانون الواجب التطبيق فى شأنها هو قانون المرافعات (وهو الآن القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) ، وذلك إعمالاً للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وسوف نتناولها فى مواضعها من هذا الكتاب .

وإن تحديد الطلبات بما يتفق مع الوقائع الواردة بمريضة دعوى جديدة تحتاج إلى إعلان جديد ، فلا يقبل الدفع ببطلان الحكم الصادر بناء عليه أنه بنى على دعوى جديدة لم يعلن بها المدعى عليه^(٢) .

وإن الوجه الشرعى يقضى بالحكم للمدعى بما ثبت ، ورفض ما لم تصح فيه الدعوى لأن ترفض الدعوى جميعها بحالتها^(٣) .

إن الطلبات التى يحكم بها هى الطلبات الختامية التى يقصد المدعى الحكم بها ، أما الأسباب التى تبنى عليها هذه الطلبات ، فإنها لا تدخل تحت الحكم ، وليس للمحكمة أن تحكم بها بأى حال ما دام المدعى لم يطلب القضاء له بشيء ما^(٤) .

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - المرجع السابق - ص ٢٧٥ وما بعدها ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقايسى على قراة - المرجع السابق - ص ٦٢ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٧/٤/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٤ - ص ٩٥ .

(٣) لسيوط الشرعية - جلسة ١٩٤٠/٣/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٨ .

(٤) مصر الكلية الشرعية - الدائرة الإستئنافية - جلسة ١٩٤١/٥/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٦٢ .

الفصل الرابع

تقدير قيمة الدعوى

١٠١- لم تتضمن اللائحة الشرعية نصوصاً معينة تحدد كيفية تقدير قيمة الدعوى ، سواء منها ما ألغى بمقتضى قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، أما ما هو باق من نصوصها . اللهم إلا تلك النصوص التى حددت الإختصاص الإنتهاى للمحاكم الشرعية الجزئية بالنسبة لبعض المواد ، وإختصاصها الإبتدائى بالنسبة لبعض المواد الأخرى . والنصوص التى حددت الإختصاص الإبتدائى للمحاكم الإبتدائية الشرعية بالنسبة لبعض المنازعات ، والإختصاص الإنتهاى لها بالنسبة لبعض تصريفات الأوقاف ، وهى الأحكام التى نصت عليها المواد ٦٥ و ٨٧ من اللائحة الشرعية عند الكلام فى الإختصاص ، وذلك للصلة الوثيقة بين قواعد تقدير قيمة الدعوى - وقواعد الإختصاص النوعى المتعلق بقيمة الدعوى (الإختصاص القيمى) .

كما سنتناول فى الإستئناف قواعد تقدير قيمة الدعوى الشرعية للطعن عليه بالإستئناف ، وحالات عدم جواز الإستئناف لقلة النصاب .

١٠٢- أما قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد أقررت لتقدير قيمة الدعوى فصلاً خاصاً ضمن الباب الأول (الإختصاص) من الكتاب الأول منه ، هو الفصل الثانى (المواد من ٢٦ حتى ٤١) .

هل هناك ما يدعو إلى تناول أحكام تقدير قيمة الدعوى المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية فى بحثنا هذا ؟

١٠٣- لقد جاء نص المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والملية والمعروف بقانون توحيد القضاء - مريحاً فى سريان قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عند الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة

فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لى القوانين الأخرى المكملة لها .

ومفهوم هذا النص أن أحكام قانون للرافعات المدنية التى لىس لها مقابل فى نصوص اللائحة الشرعية السارية التى لم يلحقهما الإلغاء تكون واجبة الإلتباع^(١) .

إلا أننا نرى وضع ضابط يقيد من هذا الإطلاق بالنسبة لقواعد تقدير قيمة الدعوى ، وهو أن طبيعة المنازعة التى نصت عليها المواد ٦٥ و٧٥ و٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تتميز بناتية خاصة تختلف تماماً عن تلك المنازعات المدنية التى تناولتها أحكام المواد من ٣٦ إلى ٤١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وأن نصاب المحكمة الجزئية بالنسبة لقيمة المدعى به كما جاء بالمادة الخامسة من اللائحة الشرعية ، وكذلك نصاب المحكمة الابتدائية بالنسبة له طبقاً لما نصت عليه المادة السادسة من اللائحة الشرعية ، دونه بكثير بالنسبة لما نص عليه قانون المرافعات فيما يتعلق بالمنازعات المدنية ، كذلك الأمر بالنسبة للطلبات غير القابلة لتقدير قيمتها فهى - فى قانون المرافعات المدنية - تعتبر متجاوزة لنصاب المحكمة الجزئية ، وتكون من إختصاص المحكمة الابتدائية (م ٤١ منه) .

يبد أنه فى اللائحة الشرعية نرى أن تلك الطلبات قد حددت المحكمة المختصة بها بموجب المواد ٦٥ و٧٥ منها ، سواء أكانت مقدرة القيمة أو مجهولة القيمة بحسب طبيعتها ، كما أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد تدخل فى عقد الإختصاص للمحكمة الابتدائية النسبة لبعض المنازعات التى كانت من قبل تدخله تختص بها للمحكمة الجزئية ، وذلك لما قدره الشارع من أهمية خاصة لتلك المنازعات (م ٨ منه) ، وهى النسب ، والطلاق ، والخلع والمباراة ، والفرقة بين الزوجين ، وأن الحكم الصادر فى تلك المنازعات يكون قابلاً للإستئناف بطبيعة الحال .

ومن ثم يمكن القول أن أعمال قواعد قانون المرافعات بالنسبة لقواعد تقدير الدعوى يجب أن يلتزم الخط الذى رسمته أصول المرافعات الشرعية للمنازعات الشرعية بما يتفق مع نلتيتها وما تتميز به من حساسية خاصة فى العلاقات الشخصية .

(١) راجع نص المادة الرابعة من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن القوانين واللوائح باللغة طبقاً للتعديل الأخير فى قانون الأحوال الشخصية .

المبادئ العامة والأساسية لتقدير قيمة الدعوى :

١٠٤ - إستخلص فقہ المرافعات الأسس التي تقوم عليها قواعد تقدير الدعوى (١) ، وهذه القواعد الأساسية هي :

الأول - أن العبرة في تقدير قيمة الدعوى هي بقواعد قانون المرافعات وليس بقانون الرسوم القضائية .

الثانية - أن العبرة في تقدير قيمة الدعوى هي بقيمة المطلوب فيها وليس للمحكمة دخل في ذلك .

الثالثة - أن العبرة بالقيمة الحقيقية للدعوى ، وليس بالوصف الذي يلحقه المدعى ليتحايل على قواعد الإختصاص النوعي وهو من النظام العام.

الرابعة - أن العبرة بالطلبات الأخيرة للخصوم لا بالطلبات الواردة في صحيفة الدعوى ، إذ أن هذه الطلبات المعدلة هي التي تعبر عن القيمة الحقيقية للدعوى .

الخامسة - أنه لا يعتد بقيمة الطلب المندمج في الطلب الأصلي - والطلب المندمج هو ذلك الذي يعتبر القضاء في الطلب الأصلي قضاء به (كطلب براءة الزمة ، وهو طلب أصلي ، وطلب بطلان الدين ، وهو طلب مندمج) .

السادسة - أن قيمة الدعوى لا تتأثر كقاعدة عامة بدفوع المدعى عليه أو دفاعه ، ولا بالوسائل التي يؤيد بها المدعى دعواه . ذلك أن قاضي الموضوع هو قاضي الدفوع .

(١) يراجع : تعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور محمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص ١١٩ وما بعدها ، أصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم - المرجع السابق - ص ١٩٦ وما بعدها ، والوسيط في شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزي سيف - ص ٢٥٩ وما بعدها ، وتقتين المرافعات في ضوء القضاء والفقہ - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٨٥ وما بعدها ، والقانون القضائي الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - جزء ١ - طبعة ١٩٧٤ - ص ٤٥١ وما بعدها ، والمرافعات المدنية والتجارية - للدكتورين عبد المنعم الشرفاوي وفتحى والى - ص ٢٤٨ وما بعدها ، والمرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا - ط ١١ - ص ٢٧٢ ، ومبادئ قانون القضاء المدني - للدكتور فتحى والى - ط ١٩٧٤ - ص ١١٢٢ وما بعدها .

السابعة - إنه إذا إشتملت الدعوى على طلب أصلى وطلب احتياطى فالعبرة بقيمة أكبر الطلبين .

الثامنة - إنه لا إعتداد بإتفاق الخصوم على تقدير قيمة الدعوى تقدير مخالفًا للأسس التى نص عليها القانون ، لأن قواعد الإختصاص النوعى من النظام العام .

التاسعة - إذا حكم بضم دعويين أو أكثر فإن كل دعوى تظل محتفظة بكيانها وقيمتها وإستقلالها ، إلا إذا كان الطلب فى إحدى القضيتين المضمومتين هو ذات الطلب فى الأخرى .

العاشرة - أن العبرة بقيمة الطلب ولو تعددت الأسباب القانونية التى بنى عليها .

المبادئ القضائية الحديثة فى تقدير قيمة الدعاوى فى الأصول المدنية :

١٠٥-١- إن تقدير قيمة الدعوى لتعيين إختصاص المحكمة أساسه قيمة موضوعها ، وأنه وإن كانت هذه القيمة تقدر فى الأصل بإعتبارها يوم رفع الدعوى ، إلا أن الشارع قد أجاز للمدعى أن يعجل أثناء الخصومة من طلباته الواردة بصحيفة دعواه بالزيادة أو النقص ، وأوجب أن يكون التقدير لتحديد نصاب الإستئناف على أساس آخر طلبات للخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى ، إنما أراد أن يتخذ من هذه الطلبات أساساً لتعيين الإختصاص وتحديد نصاب الإستئناف معاً حتى لا يختلف أحدهما عن الآخر فى تقدير قيمة الدعوى ذاتها (١) .

٢- وللخصوم أن يعدلوا طلباتهم أثناء نظر الدعوى وفى مذكراتهم أثناء حجز القضية للحكم متى كانت المحكمة قد رخصت بتقديمها فى أجل معين وقدمت المذكرة خلال هذا الأجل وأطلع عليها الخصم . فلا يتمتع

(١) نقض - جلسة ١٤/٦/١٩٦٦ - مجموعة المكاتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى
ص ١٢٧٢ ، نقض - جلسة ١٠/٢/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - مدنى
ص ٢٦٧ .

على الخصوم تعديل الطلبات إلا بعد إقفال باب المرافعة الشفوية أو الكتابية، وهو لا يعد مقفولاً في حالة التصريح بتقديم مذكرات في فترة حجز الدعوى للحكم إلا بإنتهاء الأجل المحدد لتقديمها (١) .

٣- إذا أقفل المدعى في مذكرته الختامية التي حدد فيها طلباته تحديثاً حاسماً بعض الطلبات التي كانت قد أوردها في صحيفة افتتاح الدعوى ، فإن فصل المحكمة في هذه الطلبات الأخيرة ، يكون قضاء بما لم يطلبه الخصوم .

٤- وإن تعديل الطلبات أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة الابتدائية إلى قيمة أقل من نصابها لا يسلب هذه المحكمة اختصاصها ، باعتبار هذا التعديل طلباً عارضاً ، فتدخل في اختصاصها مهما كانت قيمته (٢) .

٥- وإذا اشتملت الدعوى على طلب أصلي وآخر احتياطي ، فالعبرة بالطلب الأصلي دون نظر للطلب الاحتياطي (٣) .

٦- وإن قواعد تقدير قيمة الدعوى تتعلق بالنظام العام ، فلا يعدد بإتفاق الخصوم على خلافها ، ويتعين على القاضى بحثها من تلقاء نفسه (٤) .

٧- وإذا ضمت دعويان أو أكثر ، فإن كل دعوى تظل محتفظة بقيمتها لأن الضم لا يؤثر على قواعد الإختصاص إلا إذا كان الطلب في إحدهما هو ذات الطلب في الأخرى (٥) ، كما لا يؤثر الضم في نصاب الإستئناف (٦) .

٨- ولا يجوز الإعتماد في تقدير قيمة الدعوى لتحديد نصاب الإستئناف على القيمة التي حددها المدعى وسكت عنها المدعى عليه ، بل

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٢ من ٤٦٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - مدنى - من ٢٦٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٤/١/٧ - المرجع السابق السنة ٥ - مدنى - من ٢٩٥ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٦ - مدنى - من ١٢٤ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٠/٣/١٧ - مجموعة المكتب الفنى السنة ١١ - من ٢٢٤ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٥٢/٦/١٥ ، المرجع السابق - السنة ١٥ - من ١١٧٨ .

يجب على المحكمة أن تعتمد في ذلك على القواعد التي نص عليها قانون المرافعات (١).

٩- وتقدر دعوى التزوير الفرعية بقيمة الدعوى الأصلية أي ما كانت قيمة الحق المثبت في الورقة المطعون عليها (٢).

١٠- ولا يلزم لإعتبار الطلبات مستندة إلى أسباب متعددة أن تستند إلى مصادر مختلفة النوع ، بل العبرة بإستناد كل منهما إلى مصدر متميز من المصدر الذي يستند إليه الآخر ، ولو كان الطلبان متماثلين (٣).

١١- والأصل في الدعاوى أنها معلومة القيمة ولا يخرج من هذا الأصل إلا الدعاوى التي ترفع بطلب غير قابل للتقدير فتعتبر مجهولة القيمة (٤).

١٢- تعديل الطلبات بما يعد تحايلاً على القانون من مسائل الواقع التي لا يقبل إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض (٥).

١٣- والقضاء نهائياً بعدم الإختصاص بنظر الدعوى ، وإحالتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة بحسب قيمة الدعوى ، تقيد المحكمة المحال إليها بتقدير هذه القيمة ولو بنى على قاعدة غير صحيحة ، تجاوز هذه القيمة النصاب الإنتهائي للمحكمة الابتدائية ، جواز الطعن في الحكم الصادر منها بطريق الإستئناف (٦).

١٤- والأصل في الدعاوى - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنها

-
- (١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٢٠١ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٥٥/١/١٦ - مجموعة القواعد القانونية - ١ ، ٢ ، ص ٦٢٦ - ونقض - جلسة ١٩٥٦/٦/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٧ - ص ٧٤٧ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٢١٩ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٦٢/١٢/١٢ - المحاماة - السنة ٩ - العدد ١ - رقم ٣٥ - ص ١٠٦ وما بعدها .
(٥) نقض - جلسة ١٩٧١/٣/١٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ١ ص ٣٣٤ .
(٦) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٩ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - ص ٨٢٨ .

معلومة القيمة ولا يخرج من هذا الأصل إلا الدعاوى التي ترفع بطلب غير قابل للتقدير ، فتعتبر مجهولة القيمة - ولما كانت الدعوى الإستئنافية التي صدرت بشأنها قائمة الرسوم قد رفعت بطلب إلغاء الحكم المستأنف الصادر بثبوت الوفاة وأن المستأنف عليهما (المدعيين) من ورثته ، وقضى فيها بالرفض وتأييد الحكم المستأنف فإنها تكون دعوى معلومة القيمة وتقدر قيمتها بنصيب المستأنف عليهما في التركة وتخضع للرسم النسبي (١) .

(١) نقض - جلسة ١٤/٣/١٩٧٣ - المرجع السابق - منى - ص ٤١٥ .

الفصل الخامس

رفع الدعوى وقيدھا

١٠٦- لم يبق قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من أحكام رفع الدعوى وقيدھا التي تنص عليها اللائحة الشرعية إلا على نص المادة ٥٢ الخاصة بميعاد الحضور أمام مختلف درجات المحاكم ، وتنقيص هذا الميعاد وسوف نعود إلى بحث أحكام تلك المادة في موضعها .

ولما كانت المادة الخامسة من قانون توحيد القضاء سالف الذكر تنص على إتباع قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من إختصاص المحاكم الشرعية والملية فيما لم يعد باقياً في شأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها ، فمن ثم يتعين الرجوع إلى أصول قانون المرافعات المدنية في شأن رفع الدعوى وقيدھا ، فيما عدا ميعاد الحضور فإنه يتعين في شأن تحديده وإنقاصه الرجوع إلى المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية .

فقد نص قانون المرافعات المدنية الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ على أحكام رفع الدعوى وقيدھا في المواد من ٦٢ حتى ٧١ .
هذا ، وتتعلق إجراءات التقاضى - فى أصول المرافعات المدنية بالنظام العام (١) .

أولاً : رفع الدعوى :

١- نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من قانون المرافعات على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة كطلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك .

وبهذا تتفق الأصول الشرعية فى المرافعات مع أصول المرافعات

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ مبنى وأحوال - ص ٦٠٩ .

الدنية في إعتبار أن رفع الدعوى يكون بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة .

فقد كانت المادة ٥٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وهي المادة التي ألغيت بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - تقضى بأن « تعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها بالجدول العمومي مع عدم الإخلال بالحقوق التي تترتب على إعلانها » .

ذلك لما هو معتبر شرعاً من أن هذا الإيداع هو دليل التداعى .

١٠٧- وأوجب الفقرة الأولى من المادة ٦٥ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ على المدعى ، إذ يتقدم بصحيفة دعواه أن يؤدي الرسم كاملاً ، وأن يقدم لقلم كتاب المحكمة صوراً من هذه الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم وصورتين لقلم الكتاب وأوجب عليه كذلك أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة .

كما أوجب الفقرة الثانية من المادة ٦٥ على المدعى عليه - في جميع الدعاوى عند المستعجلة والتي أنقص ميعاد الحضور فيها - أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل ، وذلك حتى تنتهي الدعوى لنظرها في الجلسة الأولى .

٢- وحددت المادة ٦٢ مرافعات ما يجب أن تشتمل عليه صحيفة الدعوى من البيانات (١) . وهذه البيانات هي :

(١) يراجع في تفصيله ، الوسيط في المرافعات - للدكتور رمزي سيف - طبعة ٥ - ص ٥٥٥ وما بعدها ، والمرافعات الدنية للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٧ - ص ٩٣٩ وما بعدها والطباعت اللاحقة منه ، وكتابه : المستحدث في قانون المرافعات الجديد - طبعة ١ - ١٩٦٨ ص ٣٩ و ٨٠ والتعليق على قانون المرافعات الجديد - للأستاذ عز الدين الدباسوري وحامد عكان - طبعة ١ ص ٧٧ وما بعدها ، وتقنين المرافعات للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - طبعة ١٩٦٨ - ص ١١٦ وما بعدها ، وتقنين المرافعات للدكتورين عبد المنعم الشروقي وفتحي والي ، وقانون القضاء المدني - للدكتور فتحي والي ، الموجز في مبادئ القضاء المدني - للدكتور وجدي راغب - للراجع السلسلة .

(١) إسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وإسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه .

(٢) إسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، فإن لم يكن موطنه معلوماً فأخر موطن كان له .

(٣) تاريخ تقديم الصحيفة .

(٤) المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى .

(٥) بيان موطن مختار للمدعى في البلدة التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها .

(٦) وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها .

ويضاف إلى تلك البيانات ، بيان تاريخ الجلسة ، وتوقيع المحامي في الحالات التي يلزم فيها ذلك طبقاً للمادة ٨٧ من قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ .

ويلاحظ أن المادة ١١٤ مرافعات تقضى ببطلان صحف الدعاوى وإعلانها ويطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئة عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو في تاريخ الجلسة وإن هذا البطلان يزول بحضور المعلن إليه في الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعة .

مضى لا تصدى محكمة الاستئناف :

١٠٨- إن صحيفة إفتتاح الدعوى هي الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها ، فإذا حكم ببطلانها فإنه ينبغي على ذلك إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة لها وزوال جميع الآثار التي ترتبت على رفعها وإعتبار الخصومة لم تنعقد ، وإن كان ذلك لا يمنع صاحب المصلحة من تجديد الخصومة بإجراءات مبتدئة متى إنتفى المانع القانوني من ذلك .

إذا كان يترتب على عدم إعلان صحيفة الدعوى عدم إنعقاد الخصومة ، فإن مؤدى قضاء محكمة الاستئناف ببطلان تلك الصحيفة والحكم المستأنف المبني عليها ألا تبقى تلك خصومة مطروحة على المحكمة ، ومن ثم فلا يسوغ لمحكمة الاستئناف أن تمضى بعد ذلك في نظر الموضوع ، بل يكون عليها أن تقف عند حد القضاء بالبطلان ، فإن هي

جاوزت ذلك وقضت في الموضوع فإن قضاها يكون وارداً على غير خصوصية .

لا وجه للتحدى بأنه وقد إستنفدت محكمة أول درجة ولايتها على الدعوى في موضوعها ، فإنه يتعين على محكمة الإستئناف إزاء ذلك - وقد قضت ببطالان الحكم - أن تعرض للموضوع وتفصل فيه إذ يشترط لذلك - وعلى ما جرى به قضاء النقض - ألا يكون الحكم المستأنف قد شابه عيب يمتد إلى صحيفة إفتتاح الدعوى ، فمتى كانت هذه الصحيفة باطلة لعدم إعلانها فإن الخصومة لا تنعقد بها ، ومن ثم لا يترتب عليها إجراء أو حكم صحيح سواء كان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية (١) .

فإنما كانت صحيفة إفتتاح الدعوى تجهل بيان جوهرى ، فإن للمدعى عليه أن يتمسك ببطالانها ، ويتخذ تمسكه صورة دفع كلى يمكن إبدائه قبل التكلم في الموضوع .

وليس للمدعى - عندئذ أن ينفي البطلان إلا إذا أثبت أن الغرض المقصود من الشكل قد تحقق طبقاً لما هو مقرر في القانون .

على أن بطلان صحيفة الدعوى أو إعلانها لا يحول دون تصحيحها . ويجوز للمدعى أن يجمع في صحيفة دعواه بين عدة طلبات ، سواء أكانت هذه الطلبات مرتبطة ببعضها أم غير مرتبطة ، وسواء أكان سببها واحداً أم مختلفاً ، سواء أكان المدعى عليه واحداً أم متعدداً ، ما دامت المحكمة المرفوعة إليها الدعوى مختصة بها من جميع الوجوه .

توقيع المحامى على الصحيفة:

١٠٩ - أما بالنسبة لبيان توقيع محام على صحف الدعاوى فإن المادة ٨٧ من قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ تنص على أن لا يجوز في غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا إلا من المحامين المقررين لديها ، سواء أكان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة عن الغير .

(١) نقض - جلسة ١٥/٥/١٩٧٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤ - مدنى - من ٢٤٨ .

كما لا يجوز تقديم صحف الإستئناف لى تقديم صحف الدعاوى أمام محكمة القضاء الإدارى إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها.

كذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الابتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل .

كذلك يجوز تقديم صحف الدعاوى لى طلبات أوامر الأداء للمحاكم الجزئية إذا كانت غير موقعة من أحد المحامين المشتغلين ، طبقاً لنص المادة الثالثة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وفى جميع هذه الحالات يترتب البطالان على مخالفة هذه الأحكام . ومع ذلك فلا ضرورة لتوقيع محام إذا كانت الدعوى مرفوعة ضد أحد المحامين ولم يصدر من مجلس النقابة الفرعية الإذن المنوّه بالمادة ١٣٥ الخاصة بالتنازل عن التوكيل .

ونص المادة ٨٧ من قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يطابق نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة الملغى رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ - وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة الملغى فى شأن المادة ٢٥ منه :

» .. وشرطت أن تكون .. صحف الدعاوى والأوامر التى تقدم للمحاكم الابتدائية موقعة من أحد المحامين المقررين للمرافعة أمام المحكمة الابتدائية، وقد قصد بهذا التنظيم رعاية الصالح العام وتمقيق الصالح الخاص فى ذات الوقت ، ذلك أن إشراف المحامى على تحرير صحف الإستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون فى تحرير هذه الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيراً ما تنشعب بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على نوى الشأن ...

إلا أن هذا النظر قد تغير حتماً بعد التعديلات التى أدخلت على قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ - الذى كان سارياً وقت سريان

قانون المحاماة الملغى رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ - بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذى حذف من نص المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات الملغى فى شأن تقديم صحف الاستئناف والذى كان يعتبر عدم توقيع محام مقيد بالإستئناف عليها مبطل لتلك الصحيفة . كما أضاف إلى المادة ٢٥ من قانون المرافعات الملغى فقرة جديدة ، فتقول تلك المادة بعد التعديل :

« يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شاب عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم .

ويجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان ، على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ الإجراء فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر فى القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه » .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٠ فى صدد المادة ٢٥ من قانون المرافعات الملغى المعدلة :

« ... لما كانت المادة ٢٥ من القانون القديم قد عالجت أحكام البطلان ، فقد رأى تقنين حكم جديد أضيف فى الفقرة الثانية منها أيجز بمقتضاه تصحيح الإجراء الباطل ، بأن يكمل البيان أو العنصر لعيب فيه . بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذه ، فإذا لم يكن هناك ميعاد فى القانون فيحدد القاضى الميعاد الذى يراه مناسباً لتصحيح الإجراء ، فإذا لم يتم التصحيح خلاله فللقاضى أن يعطى ميعاداً آخر ، ويجوز التصحيح سواء قبل التمسك بالبطلان أو بعده كما أنه من المسلم أنه لا يعتد إلا بتاريخ الإجراء الصحيح ، وبهذا يزول أثر البطلان فى حالات يكون فيها تقريره مخالفة فى التمسك بالشكل ، وهذه قاعدة مقررة فى التشريعات المقارنة الحديثة ، ومن تطبيقاتها أن يحضر الوصى فى الجلسة المحددة لنظر الدعوى المرفوعة من القاصر أو المرفوعة عليه ، فيصح حضوره إجراءات الدعوى ... وكذلك إذا كانت صحيفة الإستئناف غفلاً من توقيع محام مقبول فى الإستئناف ، فإنه يجوز إستيفاء التوقيع فى الجلسة متى كان ذلك فى خلال ميعاد الإستئناف ، ذلك لأن توقيع المحامى على الصحيفة يعد وحده وفى ذاته اللبيل على صياغتها بواسطة ، فيستوى أن يكون التوقيع عليها قد تم وقت كتابتها أو فى الجلسة ... » .

على ذلك نرى أنه يجوز للمحكمة أن تعطى المدعى أجلاً ليوقع محام على صحيفة الدعوى للمقامة منه ، إذا كان الأجل ما زال ممتداً ، أو كانت الدعوى بطبيعتها وبحسب نصوص القانون ليس هناك موعد يتعين أن ترفع خلاله . أما إذا حدد القانون أجلاً لرفع الدعوى وإنقضى هذا الأجل عند نظرها ، فلا بد من القضاء - عندئذ - ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى أو بعدم قبولها لعدم توقيع محام مقيد عليها ، ذلك أن من المقرر أن جزاء عدم توقيع محام على الصحيفة هو البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام ، والذي تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها (١) .

وقد جاءت المادة ٢٠ من قانون المرافعات الجديد بأحكام متطورة بالنسبة للبطلان فقررت صراحة أن الإجراء يكون باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء .

وللمحكمة أن تتحقق من مدى إحترام الشكل المطلوب من المشرع ، وعمّا إذا كان قد حقق الغرض المقصود منه أو لم يحققه ، وذلك قبل أن تحكم بالبطلان (٢) .

وقد قضى (٣) بأن النعى ببطلان صحيفة الإستئناف لعدم توقيع محام

(١) يراجع في تفصيله : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للدكتور أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ وما بعدها وأصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم المرجع السابق ، ص ٤٧٥ وما بعدها ، وبحث الحضور المسقط لحق المتمسك بالبطلان ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، المحاماة ، السنة ٥ ، العدد ٦ ، ص ٣٩ وما بعدها ، ومؤلفات الدكتور عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي وأحمد أبو الوفا ووجدي راغب ، المراجع السابقة .

(٢) نقض جلسة ١٦/٤/١٩٧٠ ، المرجع السابق ، السنة ٢١ ، العدد ١ ، مدني وأحوال ص ٦٤٢ .

(٣) وقد قضى بأن عدم توقيع محام على صحيفة الدعوى الابتدائية يترتب عليه حتماً عدم قبولها بغير ما حاجة لإثبات وقوع ضرر الخصم نتيجة هذه المخالفة . والبطلان المترتب على عدم توقيع محام على صحف الدعاوى هو ما يتعلق بالنظام العام ، ويجوز الدفع به في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الإستئناف (نقض، جلسة ٢٥/١٠/١٩٦٢ ، المحاماة ، السنة ٤٩ ، العدد ٧ ، ٤٦٧ ، ص ١٥٢) .

عليها مقبول للمرافعة أمام محاكم الإستئناف يقوم على عنصر واقعي هو تحقيق ما إذا كان المحامي الموقع على صحيفة الإستئناف مقررًا أو غير مقرر أمام محكمة الإستئناف عند توقيعه ، ومن ثم فإنه يعتبر سبباً جديداً لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالفه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع وقضى^(١) بأن المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (المطابقة للمادة ٢٣٠ من قانون المرافعات الحالي) ، وإن خلت من النص على وجوب توقيع صحيفة الإستئناف من محام مقبول للمرافعة أمام محاكم الإستئناف ، إلا أن الفقرة ٢ من المادة ٢٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ (المقابلة للمادة ٨٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة) - الذي رفع الإستئناف في ظله - قد وضعت القاعدة العامة الواجب إتباعها في هذا الشأن ما لم يوقعها محام مقرر أمام محاكم الإستئناف . فإن مقتضى هذا النعمى أن عدم توقيع مثل هذا المحامي على صحيفة الإستئناف يترتب عليه حتماً عدم قبولها ، ولا يغير من ذلك أن الشارع لم يرتب البطلان بلفظه جزاء على هذه المخالفة ، ذلك أن النظم الوارد في المادة ٢٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ يعتبر - في حكم المادة ٢٤ مرافعات قديم (م ٢٣ و ٢٠ جديد) - ذلك نصاً على بطلان الصحيفة التي لا يوقعها محام توافرت فيه الشروط السالف بيانها ، فإن هذا البطلان يقع حتماً إذا أغفل هذا الإجراء .

ولما كان غرض الشارع من نص الفقرة ٢ من المادة ٢٥ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ رعاية المصالح العام وتحقيق المصالح الخاص في ذات الوقت ، لأن إشراف المحامي على تحرير تلك الصحف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها ، وبذلك تقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشؤون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوي الشأن ، فإن هذا البطلان يكون متعلقاً بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الدفع به في أية حال كانت عليها الدعوى ، ولا يسقط الحق في التمسك به بالتكلم في موضوع الدعوى ، على ما أُنصحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

(١) نقض ، جلسة ٢٤/١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ٢٠ العدد ٢ ، مدني وأحوال ، ص ٢٨٥ .

إن قصد المشرع - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ - من توقيع المحامي على صحيفة الدعوى : رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في ذات الوقت ، ذلك أن إشراف المحامي على تحرير صحف الاستئناف والدعوى والمقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون في تحرير هذه الأوراق ، وبذلك تنقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشؤون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوي الشأن . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ٧٥ من قانون المرافعات السابق بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ توجب على المدعى أن يقدم لقدم لقدم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم ، وصورة لقلم الكتاب ، فإن توقيع المحامي على أصل صحيفة الدعوى أو على صورتها المقدمة لقلم الكتاب يتحقق به الغرض الذي قصد إليه المشرع من وضع الفقرة الرابعة من المادة ٢٥ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ سالف الذكر . ولما كان الحكم المطعون فيه - الذي قضى ببطالان صحيفة الدعوى تأسيساً على خلوها من توقيع محام عليها - لم يتحدث عن توقيع المحامي على صورة صحيفة الدعوى - المودعة بملف الدعوى - وهو أمر لو ثبت لكان من شأنه أن يتغير معه وجه الرأي في الدعوى ، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور (١) .

إذا كان نص المادة ٢٥ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماة أمام المحاكم الذي رفع الاستئناف في ظله صريحاً في النهي عن تقديم صحف الاستئناف أمام أية محكمة إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها ، فإن مقتضى ذلك أن عدم توقيع محام ممن نصت عليهم المادة المذكورة على صحيفة الاستئناف يترتب عليه بطلانها (٢) .

(١) نقض جلسة ١٩٧٣/٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٤ - مدني - ص ٣٧٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٣/٢/٢٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٤ - مدني - ص ٢٨٢ .

ملحوظة :

هذا وإنه لما تجدر ، ملاحظته أن الفقرة الأخيرة من المادة ٨٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة ، وقد نصت صراحة على البطلان جزاء على عدم التوقيع على الصحيفة ، وإن أعمال هذا الجزاء يكون في إطار نظرية البطلان الحديثة التي قررها قانون المرافعات .

أما إذا كان إسم المحامي الذي رفع صحيفة الاستئناف مستبعداً من الجلول الاستئنافي لعدم سداد الإشتراك ، فإن الاستبعاد لا يغير من صفته كمحام ، ولا يؤثر في صحة ما يتخذ من إجراءات أعمال مهنته التي باشرها خلال فترة الاستبعاد لعدم سداد الإشتراك - على ما قرره محكمة النقض بحكمها الصادر بجلسة ١٩٧٢/٥/٤^(١) . وذلك كله خلافاً لما إذا كان هذا الاستبعاد بسبب تأديبي .

والجديد في نص المادة ٢٠ مرافعات أن بطلان الإجراء المنصوص عليه صراحة في التشريع إمكان تصحيح الإجراء من جانب الذي إتخذ الإجراء وإنما يكون له أن يتمسك بإنتفاء مصلحة خصمه في التمسك بالبطلان ويكون على متخذ الإجراء أن يثبت هو تحقق الغاية من الشكل المطلوب أو البيان الناقص فيهدر التمسك بالبطلان .

قررت المادة ٢٢ من قانون المرافعات الجديد جواز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ الإجراء ، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون ، حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه ، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه .

ميعاد الحضور وتنقيصه ، بين اللائحة الشرعية وقانون المرافعات :

١١٠ - أما بالنسبة لميعاد الحضور فقد قلنا إن المادة ٥٢ من اللائحة

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ٨١٥ .

الشرعية - التي لم يلحقها الإلغاء - قد حددته وبينت كيفية تنقيصه ، حيث
تقرر أن :

« ميعاد الحضور يكون على الأقل ثلاثة أيام في القضايا الجزئية وستة
يوماً في القضايا الكلية وفي القضايا للمستأنفة ، وذلك غير يوم تسليم
الصورة ويوم الحضور .

ويجوز تنقيص الميعاد في حالة الضرورة بأمر القاضي الجزئي أو
رئيس المحكمة . »

ومن مقتضى نص المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية أن تكون هذه
المواعيد كاملة ، إذ يكون الميعاد كاملاً في أصول المرافعات إذا استبعد اليوم
الذي حصل فيه الإعلان ، وكذلك اليوم المقتضى إجراء العمل فيه كحضور
جلسة مثلاً ، والمرجع لمعرفة ما إذا كان الميعاد كاملاً أم ناقصاً هو للنص .

كما أن تحديد المواعيد على الوجه المتقدم مبني على اعتبار أنها على
الأدنى فلا مانع يمنع من أن للدعى يتوسع في المهلة بقدر ما يرى .

وقد رأى المشرع أن الدعوى قد تكون بحالة تقتضى الإسراع في
نظرها ، كما لو كان الأمر متعلقاً برد الطفل الرضيع إلى حاضنته والتفريق
بين رجل وامرأة يتعاشران ، وهي لا تزال على عصمة زوج ، ويجوز في
هذه الحالة ، وفي مفهوم المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية ، وغيرها من
حالات الضرورة تنقيص الميعاد بأمر من القاضي الجزئي أو رئيس المحكمة
الإبتدائية ^(١) .

١١١ - أما قانون المرافعات الجديد فقد نصت المادة ٦٦ منه على قواعد
أكثر تطوراً وشمولاً لكافة المنازعات وفي تفصيل ، حيث تقول :

« ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الإبتدائية ومحكمة
الإستئناف وثمانية أيام أمام محاكم اللواد الجزئية ، ويجوز في حالة
الضرورة نقص هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام وإلى أربع وعشرين ساعة
على التوالي .

(١) يراجع شرح لائحة الإجراءات الشرعية ، للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح
السيد المرجع السابق ، ص ٢٥٨ وما بعدها .

وميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة أربع وعشرين ساعة ، ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه إلا إذا كانت الدعوى من الدعاوى البحرية .

ويكون نقص المواعيد في الأحوال المتقدمة بإذن من قاضى الأمور الوقتية وتعلن صورته للخصم مع صحيفة الدعوى (١) .

مقارنة - في ميعاد الحضور - بين أصول المرافعات المدنية ، وأصول المرافعات الشرعية :

١١٢- من نص المادة ٦٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والمادة ٥٢ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية . يبين الفارق الجوهري التالى :

ففى الأصول المدنية يضاف إلى ميعاد الحضور ، سواء اكان ميعاداً عادياً أم كان ميعاداً مقصراً ، ميعاد مسافة يحسب على أساس المسافة بين المحل الذى أعلن فيه المدعى عليه بصحيفة الدعوى ، وبين مقر المحكمة المطلوب الحضور امامها ، ويضاف ميعاد المسافة إلى الميعاد الاصلى ، ويكونان ميعاداً واحداً . ولا يترتب على عدم مراعاة ميعاد الحضور بطلان صحيفة الدعوى ، ولكن يكون للمدعى عليه أن يطلب التأجيل لإستكمال الميعاد (م) مرافعات (٢) .

اما فى الأصول الشرعية فقد إنقسمت المحاكم الشرعية فى ظل لائحة ١٩٣١ واللوائح السابقة عليها إلى وجهات نظر ثلاثة :

(١) يراجع فى التعليق على حكم المادة ٦٦ من قانون المرافعات الجديد ، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات ، للدكتور رمزى سيف ، المرجع السابق ، ص ٥٢٢ وما بعدها .

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية ، طبعة ٧ ، ص ٦٤٢ ، وطبعاته اللاحقة حتى الطبعة ١٢ ورمزى سيف ، الوسيط فى المرافعات ، طبعة ٥ ، ص ٥٦٨ .

١١٣- فيذهب رأى (١) فيها إلى أنه يترتب البطلان جزاء على عدم مراعاة ميعاد الحضور المنصوص عليه في المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية.

بينما ذهب رأى آخر (٢) إلى أنه لا يترتب على ذلك بطلان .

بينما ذهب رأى ثالث (٣) إلى أنه لا بطلان ولكنه جعل الميعاد من حق المدعى عليه ، فله أن يطلب المدة القانونية :-

والذي نراه أن الرأى الأخير الذى يتيح للمدعى عليه الدفع بالتأجيل لإستكمال الميعاد القانونى ، هو الذى يتفق مع نظرية البطلان التى إستحدثها قانون المرافعات المدنية ، كما أنه يتفق والأصول المدنية المتقدمة ، توحيداً للإجراءات .

ويلاحظ أنه يجب الإلتزام بالنسبة لميعاد الحضور وإنقاصه باللائحة الشرعية فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . لأنها وحدها تكون القانون الواجب التطبيق فى شأنها ، وذلك إعمالاً لحكم المادة ٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وهى المواعيد التى نصت عليها المادة ٥٢ من اللائحة الشرعية ، إلتزاماً بأمر الشارع ، وإحتراماً للسلمات المميزة للمنازعات الشرعية ، وذاتيتها الخاصة ، التى يتعين أن يكون حسمها على وجه السرعة حتى تستقر خلالها المنازعات بين الأسر ، وتنحسم فيها الخلافات الدائرة حول علاقات ذات حساسية خاصة .

ثانياً - قيد الدعوى ، وإعلان صحيفتها:

١١٤- قلنا أن أحكام قيد الدعوى وإعلان صحيفتها التى كانت تنص

(١) مصر الشرعية ، جلسة ١٩٣٠/٩/١٥ ، هيئة إستئنافية ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ، ص ٩٢ ومغاغة الشرعية ، جلسة ١٩١٧/٢/٦ ، مجلة الأحكام الشرعية ، السنة ١٤ ، ص ٢١٦ .

(٢) مصر الشرعية ، جلسة ١٩٣١/٢/٤ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ، ص ٦٤٨ ، ويكرنس الشرعية ، المحاماة الشرعية ، السنة ٤ ، عدد ٢ و ٣ .

(٣) الأزيكية الشرعية ، جلسة ١٩٢٨/٢/١٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١ ص ١٠٤ وكرموز الشرعية ، جلسة ١٩٣١/١٢/٢٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٣ ، ص ١٦٨ .

عليها اللائحة الشرعية (المواد من ٤٨ حتى ٦٢) قد تناولها الإلغاء بموجب القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم وعملاً بالمادة الخامسة منه تكون أحكام قانون المرافعات هي الواجبة التطبيق في شأنها ، وهي المواد ٦٧ و٦٨ و٦٩ و٧٠ و٧١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ .

١١٥- فبالنسبة لإجراءات قيد الدعوى نصت المادة ٦٧ مرافعات على أن يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها .

وعلى قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة ، وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه (١) .

وقد أوجبت هذه المادة على قلم الكتاب أن يقيد الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها وأن يسلم في اليوم التالي على الأكثر إلى قلم المحضرين أصل الصحيفة وصورها لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب (٢) وهذا لا يمنع صاحب الشأن من متابعة الإجراءات مع المحضر القائم بالإعلان وإرشاده في ذلك وتزويده بكافة البيانات اللازمة لإجراء الإعلان كلما اقتضى الأمر ذلك ، فعن حق طالب الإعلان الإطلاع في أي وقت على أصل الإعلان لاستيفاء ما قد يكون لازماً من بيانات وإجراءات في حالة ما إذا لم يكن المحضر قد

(١) إلا أن القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٧٤ قد استحدث في المادة ٦٧ مرافعات فقرة جديدة تقضى بأنه يجوز - في غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ - أن يسلم للمدعى أصل الصحيفة وصورها ، متى طلب ذلك ، ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب .

(٢) مع مراعاة الحكم الذي استحدثه القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بإضافة فقرة جديدة للمادة ٦٧ مرافعات تجوز تولى الإعلان بمعرفة المدعى في جميع الدعاوى فيما عدا دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ ، وتقديمها لقلم الكتاب ، متى طلب هو ذلك .

تمكن من إتمام الإعلان لأى سبب من الأسباب (١) .

١١٦- أما بالنسبة لإجراءات إعلان الدعوى فقد نصت المادة ٦٧ من قانون المرافعات الجديد على أنه :

« على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه ، إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى أثناء هذا الميعاد ، فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة ، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور .

وتحكم المحكمة المرفوعة إليها الدعوى على من تسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضرين بإهماله فى تأخير الإعلان بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تجاوز عشرة جنيهات ولا يكون المحكم بها قابلاً لأى طعن » .

وهذه المادة تطابق المادة ٧٧ من قانون المرافعات الملقى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تعليقاً على المادة ٧٧ مرافعات ملقى المقابلة للمادة ٦٨ مرافعات جديد .

ويلاحظ أن الجزء سالف الذكر يقع على من يتسبب من موظفى قلم الكتاب والمحضرين فى تأخير الإعلان ، ولو لم يترتب على هذا التأخير إعتبار الدعوى كأن لم تكن ، وذلك رغماً من أن التأخير المذكور لا يؤدى إلى أى بطلان .. وهذا الحكم ينصرف إلى الموظف أو المحضر ولو لم يكن تابعاً لذات المحكمة » .

ويسأل المحضر عن البطلان الناشئ عن المخالفة إذا كانت الورقة المراد إعلانها تجهل بشخصية طالب الإعلان أو المراد إعلانه أو بمطلوبه .
وتقول المادة ٩٦ من قانون المرافعات الجديد :

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد ، وانظر أيضاً الوسيط فى شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزى سيف - المرجع السابق - رقم ٤٠٢ مكرر - ص ١٦ وما بعدها .

« لا يترتب على عدم مراعاة الميعاد المقرر في المادة السابقة (١) بطلان إعلان صحيفة الدعوى . كذلك لا يترتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد الحضور ، وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه في التأجيل لإستكمال الميعاد» .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ في شأن النص المقابل لهذه المادة من القانون العلفي المعدل إذ لا يترتب على عدم مراعاة مواعيد الحضور أو ميعاد الإعلان بطلان صحيفة الدعوى ، وإنما يخول المعلن إليه الحق في طلب التأجيل لإستكمال الميعاد ، إذ لا محل للحكم ببطلان الصحيفة في الحالة الأولى إكتفاء بتأجيل الدعوى إلى جلسة أخرى لإستكمال الميعاد ، كما أنه لا محل لتحميل المدعى في الحالة الثانية أخطاء أقلام الكتاب والمحضرين .

والفرامة المنصوص عليها في المادة ٧٧ مرافعات ملفي (المقابلة للمادة ٦٨ مرافعات جديد) قررها الشارع لمصلحة الخزينة العامة لا لمصلحة الخصم ، وقصد من تقريرها بسط رقابة القاضى على من تسبب من موظفى قلم الكتاب أو المحضرين بإهماله في تأخير إعلان صحيفة الدعوى وتوقيع جزاء عليه بسبب هذا الإهمال إذا رأى القاضى مبرراً لذلك (٢) .

كما تنص المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد على أنه :
« وتعتبر الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب » .

وقد جاء بتقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة فيما يتعلق بهذه المادة ، أنه قصد أن لا تترك الدعوى قائمة ومنتجة لآثارها في حق المدعى عليه مدة طويلة ، وحتى يقوم التوازن في القانون بين مصلحة المدعى ومصلحة المدعى عليه .

وإذا لم يتم بالفعل تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ثلاثة أشهر من

(١) أي ميعاد إعلان صحيفة الدعوى المنصوص عليه في المادة ٦٨ مرافعات جديد .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/١/٩ - المحاملة - السنة ٥٠ - العدد ٩ - رقم ٢١٦ - ص ١٢٢ وما بعدها ، ومنشور في مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - مدني وأحوال - العدد ١ - ص ٨٩ .

تقديم الصحيفة ، فإنه يترتب على ذلك إعتبار الدعوى كأن لم تكن وزوال جميع الآثار المترتبة عليها بما فيها صحيفة الدعوى بحكم القانون ، فإذا تقدم المدعى بإعلان للغير فيها بعد الميعاد المذكور إستحق رسم جديد بالكامل (١) .

هذا ، ويلاحظ أنه وإن كان المدعى غير مكلف إلا بتسليم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، إلا أن عليه واجب تتبع دعواه ، بحيث إذا لم يتم إعلان خصمه بالفعل في الميعاد المناسب كان عليه أن يتخذ كل ما يلزم لإتمامه في الميعاد المقرر في المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد .

على أن الجزء المقرر في المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد غير متعلق بالنظام العام ، فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، بل يتعين أن يتمسك به المدعى عليه قبل التكلم في الموضوع أخذاً بالقاعدة العامة في الدفوع الشكلية .

كما يعتبر تعجيله الدعوى بعد الميعاد رضا بقيام الخصومة (٢) .

يقع الجزء المنصوص عليه في المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد بقوة القانون أي بغير حاجة إلى حكم ، ولا يعتبر حضور المدعى عليه بعد وقوع الجزء بالفعل بناء على إعلان صحيح لاحق مسقطاً لحقه في الدفع بإعتبار الدعوى كأن لم تكن بشرط أن يحصل التمسك به قبل التكلم في الموضوع (٣) .

ويترتب على إعتبار الخصومة كأن لم تكن زوالها وزوال جميع الآثار

(١) تراجع تعليمات وزارة العمل بشأن المادة ٨٢ من قانون المرافعات المملو المعلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وهي منشورة في قانون المرافعات - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - طبعة ٥ - ص ٢٣٥ .

(٢) التعليق على قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص ٢٤٦ .

(٣) بحث ، الحضور المسقط لحق التمسك بالباطل - للدكتور أحمد أبو الوفا - المحاماة - السنة ٥٠ العدد ٦ - ص ٤٨ ، ونقص - جلسة ١٩/٣/١٩٧٠ - الطعن رقم ٥٢٦ لسنة ٣٥ ق .

القانونية التي ترتبت على قيامها ويعود الخصوم إلى الحالة القانونية التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى ، وكأنها لم ترفع قط .

وإذا تعدد المدعى عليهم فإن الخصومة تقبل التجزئة ، فتكون صحيحة قائمة بالنسبة لمن أعلن في الميعاد المقرر في المادة ٧٠ من قانون المرافعات الجديد ، وتعتبر كأن لم تكن بالنسبة لمن لم يعلن منهم (١) .

ولا يجدى التمسك بإعتبار الدعوى كأن لم تكن أمام محكمة النقض ما دام أن صاحبه لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع (٢) .

وتقضى المادة ٧١ من قانون المرافعات الجديد بأنه :

« إذا ترك المدعى الخصومة أو تصالح مع خصمه في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وقبل بدء المرافعة فلا يستحق على الدعوى إلا ريع الرسم المسدد .

وإذا إنتهى النزاع صلحاً أمام مجلس الصلح المشار إليه في المادة ٦٤ برد كامل الرسم المسدد » .

ويراد بالجلسة الأولى في مفهوم المادة ٧١ مرافعات جديدة إنها الجلسة التي تبظر فيها الدعوى بحضور طرفيها أو بحضور أحدهم ، بحيث إذا تخلف الخصوم في أول جلسة شطبت الدعوى . ثم عجلت (جددت) ، فإن الصلح أو الترك الذي يتم في أول جلسة بعد التعميل (أو التجديد) يخضع لحكم المادة ٧١ المذكورة .

وعندئذ يسرى الرسم على أساس إستحقاق ريع الرسوم الثابتة أو النسبية المسددة أصلاً عند رفع الدعوى ، ويرد للمدعى ثلاثة أرباعها (٣) .

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص ٢٤٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٤/٤/١٩٦٦ - مجموعة المكاتب الفنية - السنة ١٢ مدني - العدد ٣ - ص ٨٥٢ وما بعدها .

(٣) انظر : تعليمات وزارة العدل بشأن المادة ٧٩ من قانون المرافعات الملغى المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، والمطابقة للمادة ٢١ من قانون المرافعات الجديد ، والمرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٨ - ١٩٦٥ - بند ٤٠٨ ، وقانون المرافعات - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - طبعة ٥ - ص ٢٣٦ و ٢٣٧ .

وشرط إستحقاق نصف الرسوم على الدعوى عند إنتهائها صلحاً فى مفهوم نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية معدلة بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٦ - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ألا يسبق إثبات المحكمة لهذا الصلح صدور حكم قطعى فيها فى مسألة فرعية أو حكم تمهيدى فى الموضوع .
والحكم القطعى هو ذلك الذى يضع حداً للنزاع فى جملته أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته (١) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ -
مدنى وأحوال - ص ٢٦٢ ، ونقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٧ - المرجع السابق -
السنة ١٨ - ص ٥٧١ .

الباب الثانى

الإختصاص

قواعد الإختصاص فى اللائحة الشرعية ، وقانون
المرافعات :

١١٧- ألقى قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بعض أحكام
اللائحة الشرعية ، وأحالت المادة الخامسة منه إلى قانون المرافعات فيما ألقى
من أحكام اللائحة المذكورة .

وبالنسبة لقواعد الإختصاص فقد تضمنت اللائحة الشرعية فى الكتاب
الثانى منها أحكام الإختصاص النوعى فى المواد من ٥ إلى ١٠ منها ، وفى
الكتاب الثالث أحكام الإختصاص المحلى فى المواد من ٢٠ إلى ٢٨ منها .

أما قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ فقد تناول أنواعاً
عديدة من الإختصاص ، هى :

- ١- الإختصاص الدولى (المواد من ٢٨ إلى ٣٥) .
- ٢- الإختصاص النوعى (المواد من ٤٢ إلى ٤٨) .
- ٣- الإختصاص للمحلى (المواد من ٤٩ إلى ٦٢) .
- ٤- الإختصاص الولائى (المادة ١٠٩) .
- ٥- الإختصاص القيمى (المادة ١٠٩) .

ولما كان هذا الكتاب يعتمد فى أساسه على أصول المرافعات الشرعية
المستمدة أساساً من نصوص اللائحة الشرعية المعمول بها والقوانين
المكملة لها ، فإن دراستنا لأحكام الإختصاص النوعى والإختصاص للمحلى
تكون كما جاءت بهما اللائحة الشرعية بإعتبارها القانون الواجب التطبيق
فى هذا الخصوص ، مع تكملة أحكامها بما نص عليه قانون المرافعات فيما
لم تتناوله اللائحة الشرعية من المبادئ .

أما بالنسبة للإختصاص الدولى والإختصاص الولاىى فلا نرى محلاً
لبحثهما هنا تاركين لكتب المرافعات المدنية المجال فى هذا الصدد ليرجع إليها
من يبتغى مزيداً من الفائدة^(١) .

وعلى هدى ما تقدم سوف نتناول فى فصلين :

الإختصاص النوعى .

والإختصاص المحلى .

الفصل الأول

الإختصاص النوعى الشرعى

١١٨- يتناول بحث الإختصاص النوعى الشرعى^(٢) ، كما حددته
اللائحة الشرعية ، بحث إختصاص للمحاكم الشرعية - على إختلاف
درجاتها- بأنواع معينة من المنازعات ، تتصل إتصلاً وثيقاً ومباشراً بعقد
الزواج أو القرابة ، وجوباً ، وإحلالاً ، والآثار التى تنشأ مصاحبة للعقد أو
لصلة أو تتولد بعد ذلك عنهما .

فتخصص للمحاكم الجزئية الشرعية (ناتجة الأحوال الشخصية
بالمحكمة الجزئية الآن بعد صدور قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة

(١) ينظر فى الإختصاص فى أصول المرافعات الشرعية : شرح اللائحة الشرعية -
للأستاذين لعمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٢ - ص ١٠٥ وما بعدها ،
والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ - للقاضى محمود الغراب . والإختصاص العام
للمحاكم الشرعية - للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف - المحاماة الشرعية -
السنة ١١ العدد ٢ - ص ٢ وما بعدها .

(٢) يراجع فى الإختصاص النوعى الشرعى ، شرح لائحة الإجراءات الشرعية -
للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - طبعة ١٩٢٢ - ص ١٦٧ وما بعدها ،
والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ - للقاضى الشرعى محمود الغراب - ملحق السنة
١٥ - لجلة المحاماة الشرعية - ص ٥ وما بعدها ، والإختصاص العام للمحاكم
الشرعية بعد إتفاق مونثرو - بحث - لأستاذنا العلامة الشيخ عبد الوهاب خلاف
- للمحاماة الشرعية - السنة ١١ - العدد ٢ - ص ٢ .

١٩٥٥) ببعض هذه المنازعات إختصاصاً نهائياً فى بعض الحالات ، أو إختصاصاً إبتدائياً (أى قابلاً للإستئناف) فى حالات أخرى ، كما تختص بعض المحاكم الجزئية إختصاصاً إستثنائياً ونهائياً ببعض المنازعات التى تختص بها أصلاً ويحسب أحكام اللائحة الشرعية - للمحاكم الإبتدائية الشرعية .

وتختص المحاكم الإبتدائية الشرعية (بوائر الأحوال الشخصية بالمحاكم الإبتدائية طبقاً لقانون توحيد القضاء) ببعض هذه المنازعات إما إختصاصاً إبتدائياً ، وإما إختصاصاً إنتهائياً ببعض المواد والقرارات .

وتختص المحاكم الإستئنافية بالإستئنافات التى ترفع عن أحكام المحاكم الجزئية أو الإبتدائية حسب الأحوال .

وسوف نتناول فى فروع ثلاثة إختصاص المحاكم الجزئية الشرعية ، وإختصاص المحاكم الإبتدائية الشرعية ، وإختصاص المحاكم الإستئنافية الشرعية .

الفرع الأول

إختصاص المحاكم الجزئية الشرعية

١١٩- إختصاص المحكمة الجزئية :

تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل التالية ، ويكون حكمها قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيتها (٩٣) .

١- فى المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

أ- دعاوى ضم الصغير وحضنته وحفظه وبزيته والانتقال به .

ب- دعاوى النفقات وما فى حكمها والأجور والمصروفات بجميع أنواعها .

ج- دعاوى الإنان للزوجة بمباشرة حقوقها .

د- دعاوى للمهر والدوطة والشبكة والجهاز . ويكون الحكم نهائياً إذا

كان المطلوب لا تتجاوز ٢٠٠٠ جنيه (بمراعاة نص الفقرة ١ من المادة ٤٢ مرافعات المعدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية - في ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ - العدد ٢٢ مكرر - التي أُلحلت عليها المادة ٩ فقرة ٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

هـ- تصحيح قيود وثائق الزواج والطلاق فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

و- توثيق ما يتفق عليه دور الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً .

ز- الإنان بزواج من لاولى له .

ج- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، ما لم يثر بشأنها نزاع .

٢- المسائل المتعلقة بالولاية على المال :

مضى كان المطلوب حمايته لا يتجاوز ١٠٠٠٠ ج عشرة آلاف جنيه (م) ، ١/٤ مرافعات معدلة التي أُلحلت إليها المادة ٩ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ في هذا الخصوص) :

١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل في حساباتهم وعزلهم واستبدالهم .

ب- اثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله .

ج- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائي واستبداله .

د- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإنان للقاصر بتسلم أمواله وإدارتها وفقاً لأحكام القانون ، والإنان له بمزاولة التجارة وإجراء التصرفات التي يلزم للقيام بها الحصول على إذن ، وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها .

هـ- تعيين مأنون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال .

و- تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى

النفس أو ولي التربية وبين الوصى فيما يتعلق بالانفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به .

ز- إعفاء الوالى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال .

ج- طلب تنحى الوالى عن ولايته واستردادها .

ط- الإنان بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها .

ك- جميع أموال الأخرى المتعلقة بأدارة الأموال وفقاً لأحكام القانون واتخاذ الاجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال .

ل- تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على ١٠٠٠٠ ج عشرة آلاف جنيه (م ١/٤٢ مرافعات المحالة عليها بالمادة ١١/٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

المطلب الأول

الإختصاص النهائى للمحكمة

الجزئية الشرعية

١٢٠- نصت المادة ٥ من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن :

« تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائى (١) ، فى المنازعات فى المواد الآتية :

(١) والمقصود بالحكم النهائى فى المادة الخامسة من اللائحة الشرعية - وعلى ما استقر عليه قضاء المحاكم الشرعية - والفقه الشرعى - هو الذى لا يقبل الطعن فيه امام محكمة من محاكم الدرجة الثانية (الإستئناف) ، بما لا يمنع من جواز الطعن فيه بطريق المعارضة أو التماس إعادة النظر إذا وجدت صورة أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم .

نفقة الزوجة ، ونفقة الصغير بجميع أنواعها ، إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين . وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش فى الشهر .

النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا لم يزد مجموع ما يطلب على الفى قرش أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين .

المهر والجهاز إذا كان ما يستحقه الطالب لا يزيد عن الفى قرش وكانت قيمة المهر أو الجهاز لا تزيد على عشرة آلاف قرش .

الصلح بين الخصمين أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً .

التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين .

وذلك كله إذا لم يكن هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به ، .

وقبل أن نبدأ التعريف بكل عنصر من العناصر التى تقوم عليها منازعات يتحدد بمقدارها الإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية ، نود أن نقول أن المقادير التى حددها نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية الذى وضع عام ١٩٣١ إلى منذ أكثر من ٦٨ عاماً لا تصلح اليوم أساساً لتحديد هذا الإختصاص ، والذى من مؤداه طرح منازعات ضئيلة القيمة على الدوائر الإستئنافية ، كان فى مقدور القاضى الجزئى أن يحسمها بحكم نهائى تتحدد به مراكز الخصوم وتنخفض به خصوماتهم ومنازعاتهم ، لهذا نهيب بالمشروع أن يعدل هذه المقادير بما يتفق مع ما أحرزه المجتمع من التقدم ، ويراعى فيه القوة الشرائية للنقود . وبهذه المناسبة نسوق مثلاً لاحتية التعديل بالنسبة للمهر ، فتجربى الأصول الشرعية على أن أقل المهر عشرة دراهم ، والعشرة دراهم هذه تقوم بالنقود عندنا بمبلغ خمسة وعشرون قرشاً !! فهل مثل هذا المبلغ يصلح فى هذه الأيام أساساً لحساب أقل المهر ؟ !!

بعد ما تقدم نعود إلى دراسة عناصر المنازعات التى تناولها نص المادة ٥ من اللائحة الشرعية والتعريف بها فى نطاق وأصول المرافعات الشرعية ، تاركين المزيد من التفصيل إلى ما سيرد شرحه للقواعد الموضوعية فى

مسائل الأحوال الشخصية .

أولاً - نفقة الزوجة :

١٢١- النفقة من الحقوق التي تترتب للزوجة على زوجها كآثر من آثار عقد الزواج الصحيح من أحكامه .

وقد ثبت وجود النفقة بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس .

وسبب وجوبها هو إحتباس الزوجة لحق زوجها ومنفعته ، ولهذا فهي تستحق للزوجة المسلمة والكتابية والغنية والفقيرة على السواء ، لأن الإحتباس متحقق فيهن جميعاً .

ويشترط في الإحتباس الموجب للنفقة أن يكون وسيلة إلى المقصود المستحق بالنكاح ، فمتى وجد الإحتباس بشرطه وجبت شرعاً ، وإذا زال ، فإن كان زواله من جهة الزوج لا تسقط نفقة زوجته ، وإلا فلا - ومن ثم فإن الزوجة التي أصيبت بالجنون وبخلت من أجله مستشفى الأمراض العقلية وحالتها لا تسمح بخروجها منها لا نفقة لها (١) .

وما دامت الزوجة قد حبست نفسها لصالح زوجها (٢) وقعدت عن

(١) للنصورة الشرعية - جلسة ١٨/٨/١٩٤٥ - للحامدة الشرعية - السنة ١٧ - المصد ٣ و٤ - ص ١٦٢ ، وبمياط الكلية الشرعية - الدائرة الأولى - جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ - القضية ٢٦ سنة ١٩٢٤ - أحوال مستأنف .

(٢) مدى إستعمال حقوق الزوجية - رسالة دكتوراه - للدكتور العميد السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٠٨ ، والمراجع العديدة التي أشار إليها في هامشها ، وعقد الزواج وآثاره - الشيخ محمد أبو زهرة - محاضرات - ص ٢٧٩ ، والمراجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للقاضي أنور العمروسي - ص ٢٥٨ - وبمياط الابتدائية - الدائرة للمستأنفة - القضية ١٠ - سنة ١٩٧٢ أحوال مستأنفة - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ - لم ينشر .

وقد جاء بأسباب هذا الحكم أنه لما كان المقرر شرعاً وقانوناً أن نفقة الزوجة على زوجها للإحتباس في مصالحه ، وتقدر حسب حال الزوج يسراً وعسراً ، ومؤدى ذلك أن نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمتها من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراضي منها ، ومن ثم فإن مناط النفقة المقررة على زوجها هو للعقد الصحيح بشرط وجود الإحتباس أو الإستعداد له ، فإذا لم يتحقق الإحتباس أو الإستعداد فلا نفقة ، وإذا تحقق الإستعداد مع إمكان إستيفاء أحكام الزواج من الزوجة في الجملة ، وجبت النفقة سواء إنتقلت -

الإكتساب ، كانت نفقتها واجبة شرعاً ، وعلى هذا إجماع العلماء (١) .

وتشمل النفقة : الطعام والكسوة ، والسكنى والخادم .

واتفق الفقهاء على أن النفقة إذا أطلقت تشمل الأنواع الثلاثة فقط :
(الطعام والكسوة والمسكن) (٢) .

وقد تعارف علماء الحنفية على أن النفقة إذا أطلقت تشمل الطعام ، ولذا يعطفون عليها : الكسوة ، والسكنى (٣) .

ويجوز أن تكون نفقة الطعام أصنافاً من المأكولات كمقادير من القمح أو الشعير أو الأترة ، ومقادير من اللحم ، ومن الخضروات أو الفاكهة . غير

- إلى بيت الزوجية أو لم تنتقل ولم تصانع في الانتقال ، لأن الزوج هو الذى ترك حقه في طلب انتقالها إلى بيته ، فتجب لها النفقة لوجود التسليم الحكيم ، وأيضاً : المنصورة الابتدائية - جلسة ١٩٦٧/١٢/١٥ القضية ٢٤٣ سنة ١٩٦٧ أحوال نفس ، وجلسة ١٩٦٥/٢/٢٢ - القضية ٥٠١ ، ٤٨٥ سنة ١٩٦٤ أحوال س ، ويلقاس جلسة ١٩٧١/٥/١٩ ، القضية ٨٠ سنة ١٩٧١ أحوال ، وجلسة ١٩٧١/١١/٢١ - القضايا ١٤٣ و ١١٧ و ١١٨ و ٢٢٢ و ٢٢٨ سنة ١٩٧١ أحوال ، وأجأ - ١٩٧١/٥/٣٠ القضية ٤١٩ سنة ١٩٧٠ أحوال .

(١) وقد قضى بأن إدعاء حصول الصلح على الأكل توفيقاً في يوم الحكم بالنفقة بعد صدوره ، ويدون أن تؤخذ به ورقة ، ثم مضى مدة طويلة نون أن ترفع الدعوى بإبطال المقرر مع تنفيذ الحكم به . كل هذه القرائن صالحة لتكذيب الدعوى مانعة من سماعها (الزقاق الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢٥/٥/٢١ - المحاماة الشرعية - ٢٦٢ ص ٢٥٢) .

(٢) متى إستعمال حقوق الزوجية - المرجع السابق - هامش ٢٠٩ ، والمذكورة الإيضاحية للقانون ٧٨ لسنة ١٩٢١ بشأن اللائحة الشرعية ، والمرجع الوافى في قضاء الأحوال الشخصية - المرجع السابق - ص ٢٥٨ ، ويلقاس الجزئية - جلسة ١٩٧١/١١/٣ القضية سنة ١٩٧١ أحوال نفس .

(٣) إذن عابدين - جزء ٢ - ص ٨٨٦ . فقد أبان الفقهاء أن النفقة إصطلاحهم في الطعام والكسوة والسكنى ، فإذا أطلق لفظ النفقة إنتظم هذه الأمور الثلاثة ، وقد علق ابن عابدين على المراد بالنفقة بأنها الطعام ويعطفون عليه الكسوة والسكنى ، والعطف يفيد المغايرة وهذا ما جرى عليه العرف (يراجع في ذلك : مختصم القدورى تعليق العلامة الميذاني ، والهمز - جزء ٤ - باب النفقة والتوفير وشرحه - باب النفقة) .

أنه لا يعمل في مصر بهذا النظام ، والجاري عليه العمل بالمحاكم المصرية أن يفرض القاضى مبلغاً من النقود يمثل هذا العنصر من عناصر النفقة . وقد يكون هذا المبلغ شهرياً أو أسبوعياً . كما تنهّب بعض المحاكم إلى فرض مبلغ شهري لكل أنواع النفقة .

أما الكسوة فهي أنواع الثياب للكسوة الزوجية ^(١) والكسوة نوعان : كسوة للشتاء ، وكسوة للصيف . وعمل المحاكم المصرية على فرض مبلغ معين يسدده الزوج لزوجته كل ستة أشهر ، أى مرتين في السنة ، يمثل كسوة الشتاء وكسوة الصيف .

والنفقة بأنواعها الثلاث لا تشمل سوى : الطعام ، والكسوة ، والسكن ^(٢) .

إن النفقة في اصطلاح الفقهاء ، هي : الطعام ، والكسوة ، والسكنى ، وقد صارت حقيقة عرفية في الطعام ، كما صار لفظ الكسوة كذلك في شأن اللباس ، والسكنى في المسكن بأنواعه . فإذا أطلق لفظ النفقة إنتظم هذه الأمور الثلاثة ، شأن العام يتناول جميع أفراد مفهومه دفعة واحدة ، في حدود ما تواضع عليه العرف وحديثه العامة وجرى به الإستعمال فلا يتناول الأجر ولا بدل الفرش والغطاء ، ذلك أن لفظ (النفقة) لو كان يصدق على الأجرة لكان نوعاً لها لكنه لا يصدق لإختلافهم في الأحكام ، فليس نوعاً لها فثبت عدم شموله لها ^(٣) .

(١) وتختلف الكسوة بإختلاف المواد والأماكن حرّاً وبرداً وعرف كل إقليم ، وقد إستقر العرف على إستعمال لفظ الكسوة في خصوص اللباس ، من باب قصر العام على بعض ما يتناوله لجرى العادة بعدم إرادة بعض أفرادها ، وإستعمال الناس حجة يجب العمل بها (مادة ٢٧ مجلة الأحكام العدلية ، وإبن عابدين - جزء ٤ - باب الحقوق) .

(٢) المنيا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/٦/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - ٤٧٠ وما بعدها ، وبمياط الابتدائية - جلسة ١٩٢٢/٤/٢٩ القضية ١٩ سنة ١٩٢٢ س - لم ينشر وجلسة ١٩٧٢/١١/٢٥ - القضية ٢٢ و٢٦ سنة ١٩٢٢ س - لم ينشر.

(٣) المنيا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/٦/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٨ و٨٠ ص ٤٨٠ .

وإذا كانت النفقة شاملة لأنواعها الأربعة ، فإنها تشمل : الطعام ، والكسوة ، والمسكن ، والفرش والغطاء ، كما تشمل الخادم أيضاً إذا كان الزوج ممن تخدم زوجته أو أولاده (١) .

ونفقة الزوجة نفقة كاملة وتقدر بحسب حال الزوج (يسر أو عسر) (٢) لقوله سبحانه وتعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه » سيجعل الله من بعد عسر يسراً ، وطبقاً للمادتين ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وتفرض النفقة من تاريخ الإمتناع إذا قام الدليل على ثبوته بإقرار أو بشهادة شهود ، وإلا فمن تاريخ رفع الدعوى ، لأن التناعى دليل الإمتناع ، وتاريخ تقديم الدعوى قرينة الخصومة ، وتعتبر النفقة ديناً في ذمة الزوج

(١) وافقت محكمة مصر الابتدائية الشرعية بأن مما يجوز إستثنائه ما يفرض نفقة واحدة لبطل الفرش والغطاء طبقاً للعموم الوارد في المادة ٢٠٤ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وذلك أن مما يستثنى من هذا العموم إنما هو ما نصت عليها لمادة الخامسة من القانون المذكور مسراحة من الأحكام والقرارات التي لا يجوز إستثنائها وليس من بين ما يستثنى الحكم ببطل الفرش والغطاء نفقة واحدة ، فيبقى داخل في عموم المادة ٢٠٤ المذكورة ومندرجاً تحتها ، وليس لمتخيل أن يتخيل هذه الحالة من مشمولات الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون المذكور ، كذلك لأن هذه الفقرة إنما هي خاصة بمقدار نصاب النفقات عن الشهر الواحد (مصر الابتدائية للشرعية - جلسة ١٩٥٢/٥/٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٢) وقضى بأن حالة الزوج (يسر أو عسر) تعتبر مقياساً في فرض نفقة الزوجة أو الممتنعة ، لكن ليست هذه هي المقياس الوحيد ، بل أن القاضي وهو يقرر نفقة الزوجة يجب عليه أن يحقق كفايتها أيضاً بشرط أن يكون تحقيق هذه الكفاية في حدود يسار الزوج أو المطلق ، والزوجة أو الممتنعة أن تطلب زيادة المفروض بالتراضي إذا كان لا يكفيها ، وتأخذ من الزيادة حكم الأصل من حيث إعتبارها ديناً في الذمة من واقع إمتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه (القاهرة الابتدائية - الدائرة ٢٩ أحوال شخصية مستأنف - جلسة ١٩٥٨/١٢/٣١ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٨ - العدد ٢ و ٤ - ص ١٢٧ وما بعدها .

من تاريخ إمتناعه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء (١) .

ومن ثم فإن مناط النفقة المقررة للزوجة على زوجها هو العقد الصحيح بشرط وجود الإحتباس أو الإستعداد له . فإذا لم يتحقق الإحتباس ولا الإستعداد له فلا نفقة ، وإذا تحقق الإستعداد مع إمكان إستيفاء أحكام الزواج من الزوجة في الجملة وجبت النفقة ، سواء إنتقلت الزوجة إلى بيت الزوجية أم لم تنتقل ولم تمنع في الإنتقال لأن الزوج هو الذى ترك حقه في طلب إنتقالها إلى بيته ، فيجب النفقة للزوجة غير المدخول بها من تاريخ عقد الزواج لوجود التسليم الحكمي (٢) .

والنفقة المفروضة بالتراضى كالمفروضة بقضاء القاضى ، ولما كانت نفقة الزوجة بقدر الكفاية وحسب حال الزوج يسراً وعسراً (٣) . فإذا كانت النفقة المفروضة بالتراضى دون الحد المناسب فللزوجة أن تلجأ إلى المحكمة بطلب زيادتها . على أن يأمر الزوج بالزيادة التى يقرها القاضى من تاريخ الغرض السابق ، لأنها نفقة كفاية فتقدر بحسب حال الزوج وتجب من تاريخ الإمتناع (٤) .

(١) دسباط الابتدائية - الدائرة الإستئنافية - جلسة ١٠/٢٢/١٩٢١ القضية ٥٠ سنة ١٩٧١ أحوال مستأنفة - لم ينشر ، وجلسة ١٢/٢٥/١٩٧١ - القضية ٥١ سنة ١٩٧١ أحوال مستأنفة - لم ينشر .

(٢) دسباط الابتدائية - جلسة ٥/٢٧/١٩٧٢ - القضية ٢ و ٣ سنة ١٩٧٢ - لم ينشر .

(٣) وقضى بأنه ليس لمفروض الزوجة حد أعلى يقف عنده تقدير القاضى ملابم مناسباً لحال الزوج وتسمع له وجوه النفقة المقررة ، كما أن دفع الدعوى بالنشوز بعد الإقتصار على دفعها بالإتفاق ستة أشهر مع إحتدام الخصومة دليل الإحتيال - وقضايا النفقات من القضايا المستعجلة ، وفتح الباب فيها لشهادة النفى وخاصة فى الدفوع مع إطمئنان المحكمة إلى شهادة الإثبات ، إلتواء فى الإجراءات تأباه طبيعة هذه القضايا وضياح لوقت المحكمة فى غير فائدة مرجوة (جرجا الشرعية - جلسة ٨/١٩/١٩٤٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٧ - العدد ٢ و ٤ - من ١٣٩) .

(٤) وقد قضى بأن الزوجية ثبتت فى غياب الزوج المدعى عليه بالوثيقة ، والأصل البقاء فى العصمة ، والشأن فى الزوجية الطاعة ، وتاريخ تقديم الدعوى قرينة الخصومة والإمتناع عن الإنفاق عليها بغير حق دون توقف على قضاء أو تراض -

وإذا كانت النفقة المفروضة للزوجة - رضاء أو قضاء - لم تكن إلا للأنواع الثلاثة فقط (١) . فإن للزوجة أن تتطلب فرض : بدل فرش وغطاء وأجرة خادم لأنها من عناصر النفقة الواجبة لها (٢) .

وقد قضى (٣) بأن الثابت من تقارير الحكم المستأنف وسائر الأوراق ولا سيما منها محضر جلسة ١٧/٦/١٩٧٢ أن محكمة أول درجة ناقشت المدعى عليه (المستأنف المائل) في الورقة العرفية المقدمة من المدعية (المستأنف عليها المائلة) وفي ظروف تحرير هذا الإقرار قيما فرضه فيه

= منها ، ويعتبر ديناً في ذمته من تاريخ إمتناعه ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (بمقتضى الجزئية - جلسة ١٣/٤/١٩٦٦ - القضية ٢٩ سنة ١٩٦٦ أحوال نفس) ، وقضى أيضاً بأن نفقة الزوجة تجب على زوجها بمقتضى العقد من تاريخ إمتناعه عن الإنفاق عليها ، وحكم القاضي بها عند ذلك إنما هو تقدير لها من تاريخ مطل الزوج وعدم إنفاقه على زوجته وتكون ديناً في ذمته من تاريخ التسليم وترك الإنفاق ولم قبل القضاء بها ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وبذا تصبح نفقة الزوجة التي سلمت نفسها ولم يحم بها مانع تحول دون إستماع زوجها بها ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، شأنه في ذلك شأن الديون الصحيحة (قويسنا الشرعية - جلسة ١٢/٦/١٩٥٠ - المجموعة الرسمية - السنة ٤٩ - العدد ٣ ص ٧٦٦) .

(١) وقضى بأن للمحكمة في سبيل الوصول إلى سلامة تقدير يسار المدعى عليه أن تتناول بالبحث الأوراق الخاضعة بين تكييفها وتكييف شروطها للقضاء المدني طبقاً للقوانين التي تحكمها (ديروط الشرعية جلسة ٢٧/١٢/١٩٤٨ - القضية ١٢٢٢ سنة ١٩٤٨ - المجلة الشرعية السنة ٢٢ العدد ٣ و ٤ ص ٢٢٧ وما بعدها) وبمقتضى - جلسة ٣١/١٢/١٩٦٩ القضية ١٨٥ سنة ١٩٦٩ ، وجلسة ١٢/٢/١٩٦٩ - القضية ٢١٨ سنة ١٩٦٨ ، وجلسة ٣/٣/١٩٢١ ، القضية ٨٠ سنة ١٩٢٠ ، وجلسة ٢٨/١٠/١٩٧٠ ، القضية ٧٢ سنة ١٩٧٠ ، وجلسة ١/٤/١٩٧٠ ، القضية ٣٢ سنة ١٩٧٠ ، وجلسة ١٢/١١/١٩٦٩ ، القضية ١٦٤ سنة ١٩٦٩ أحوال. (٢) وقضى بأن الزوجة المقيمة مع زوجها في معيشة واحدة تاكل معه تمويناً لا تستحق عليه نفقة (مغاغة الشرعية - جلسة ٢٦/٢/١٩٥١ المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ - ص ٢٨٧) .

(٣) نمايط الكلية ، النشرة الأولى للأحوال الشخصية ، جلسة ٢٣/٦/١٩٧٢ ، القضية رقم ٨٦ سنة ١٩٢٢ ، أحوال نفس مستأنف .

على نفسه لنفقة الزوجة والأولاد ، فأقر بأنه وقع عليه وقيل تحريره ما فرضه على نفسه ، وأنه فى مقابل تحريره إستحصل على تنازل من زوجته عن دعوى نفقة سبق أن رفعتها عليه ، وأنه لم يقل بأنه قد وقع تحت تأثير غش أو إكراه مما صوره فى صحيفة الإستئناف - وإن كان هو الثابت ، وكان المستأنف لم يقل بأن ما فرض كثير ، وإن حالته التى كانت ماثلة أمام محكمة أول درجة - وهى تناقضه فى إقراره العرفى - قد تغيرت إلى أسوأ مما كانت عليه - لما كان ذلك ، وكان المقرر شرعاً وقانوناً أن الإقرار حجة على المقر ، وأن المفروض بالتراضى كالمفروض بقضاء القاضى ما لم يتم الدليل على أنه لا يطيقه ، وهو لم يقل بذلك ولم يقدم دليلاً عليه ، ومن ثم فإن ما قرره على نفسه ملزم ويؤخذ به ، لأنه الأقدر على تقدير ما يطيقه حراً مختاراً ، وسلطة المحكمة فى تقسيم المفروض من الأصول الشرعية المقررة وقد قسمته ، وإن ما ورد فى الإقرار العرفى من ذكر (الأولاد) بدلاً من الولد ، إنما يحمل إما على الخطأ المادى الذى لا يمتبر شيئاً من المضمون والمحتوى ، وإما على الإحتياط ، والعبارة ، فى كل ذلك ، بالواقع الذى أظهر أن ما بينهما ولد واحد .

كما يلزم الزوج بمفروشات المسكن الذى تقيم فيه الزوجة على نحو يليق بهما وقد اعتادت الزوجات أن يضمن صحف الدعوى - إلى جانب طلب بدل الطعام والكسوة والمسكن - بدل الفرش والغطاء (١) .

فإذا أعتد الزوج لزوجته المسكن الشرعى فلا يفرض لها القاضى أجرة مسكن ولكى يكون هذا المسكن شرعياً يجب أن يكون خالياً من الضرة ، لأن المانة قد جرت بأن الزوجة تتضرر من وجود الضرة فى مسكنها .

كما يجب أن يكون المسكن الشرعى خالياً من أهل الزوج إذا تضررت من وجودهم .

(١) وقضى بأنه متى كان الولد فى عيشة أبيه ، اعتبر موسراً بيساره فى حق النفقة جرياً على العرف المصرى ، كذلك النفقة جرياً على إعتبار هذه الحالة وسوى بين المهر والنفقة متى جرى العرف به (أسيوط الشرعية - جلسة ١٩٤١/٨/٩ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - س٧٢ ، وقد تأيد إستئنافاً لصحته وصحة أسبابه) .

وجاء في (الهداية) أنه : « إذا وجب المسكن حقاً لها ، فليس أن يشرك غيرها فيه ، لأنها تتضرر به ، فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الإستمتاع ، إلا أن يختار ذلك ، لأنها رضيت بإنتقاص حقها ، وهذا يدل على أن لها ألا تتمكن مع أهله إذا ما تضررت ، وتسأل دليلاً عن الضرر أو مقلده » .

ويكون المسكن حسبما يليق بحال الزوج ، فإن كان ممن يسكن في قصر أو منزل أو جناح في مسكن أو في حجرة يكون المسكن الشرعي لها كذلك ، يغلّق عليها ، تأمن فيه على متاعها ، مستكملاً للمرافق الشرعية ، وذلك مهما كانت حال الزوجة .

كما يشترط في المسكن الشرعي أن يكون له جيران صالحين مسلمين ، فإن كانت تتضرر من وجود أقارب الزوج أو أهله ، فيعتبر المسكن غير شرعي ويتعين على الزوج أن ينقلها منه .

وتضيف الزوجات إلى عناصر نفقتها عند مقاضاة زوجها طلب أجر خادم^(١) .

فإذا كان الزوج موسراً ، وزوجته ممن تخدم ، وجبت عليه أجره خادم بالاتفاق بين الفقهاء ، لأنه يكون من نفقتها ، ولأنه لازم لها ، وهو قادر على الوفاء بأجرته .

١٢٢- غير أن الخلاف بين الفقهاء قد ثار حول ما إذا كان يفرض للزوجة أكثر من أجر خادم .

فيرى البعض أن الخادمين توف غير واجب (أبو حنيفة ومحمد) .

(١) إذا سألت المرأة زوجها عن نفقة ثم قال الزوج لا أطيق ذلك فلا يقبل قوله لتناقضه ما لم يظهر للقاضي حاله ، ويرتفع التناقض بالتوفيق ، والتوفيق بالفعل شرط في الإستحسان وهو الأصح ، والقياس أن إمكان التوفيق كاف في رفع التناقض ، وقيد صاحب (البحر) بأن لا يكون التناقض ساعياً في نقض ما تم من جهته (منوف الشرعية جلسة ١٩٤٤/٦/٢٠ - القضية ٨٤٠ سنة ١٩٤٨ - ١٩٤٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٧ و ٨ - ص ٢٨٢ وما بعدها) .

بينما يرى البعض الآخر وجوب لجرة خادمين لا أكثر إذا كان الزوج

قادر (أبو يوسف وغيره) .

وذهب رأى ثالث أنه إذا كان مثلها يخدم بأكثر من خادمين فرض لها لجرتهم متى كان الزوج قادر ، ذلك لأنه الأقرب إلى روح العصر والذي يتفق مع عرف الطبقات الموسرة ، والمتوسطة أحياناً (١) .

أما إذا كان الزوج معسراً فلا تجب عليه خادم أصلاً لأن النفقة الواجبة هي نفقة الضرورة ، والخادم ليس ضرورياً .

١٢٣- ويمكن القول بأن نفقة الزوجة خمسة أنواع :

١- نفقة اليسار ، وهي تكون والزوج موسراً .

٢- نفقة التوسط ، وهي تكون بين اليسار والإعسار .

٣- نفقة الكفاية ، وهي ما يكفي لمعيشة الزوجة .

٤- نفقة الضرورة ، وهي ما لا يدخل فيها عناصر الترف (كالخادم والمبالغة في الكساء والفرش وغيرهما) .

٥- نفقة الفقراء ، (الإعسار) ، وهي الحد الأدنى لنفقة الفقير المعسر .

(١) القول بأن إحتراف الزوجة ليس مانعاً من وجوب النفقة لها على زوجها هو إحدى الآراء بالقبول لأنه الذي يتفق وتطورات الزمن وطبيعة العصر الذي نعيش فيه . إن أصحاب الرأي القائلين بأن الإحتراف مانع من وجوب النفقة لم يذكروا الإحتراف على أنه مانع من النفقة لذاته بل أوردوا على أنه مظهر من مظاهر النشوز ، فما لم يتشكل الإحتراف بهذا الشكل فإنه لا يمنع من وجوب النفقة ، لا تسقط النفقة عن الزوج بمجرد إحتراف الزوجة إلا إذا منعها الزوج من ذلك فابت . إن إندثار الزوج لزوجته بالإمتناع عن العمل في وظيفتها بعد تمهده بأنه لا حق في مطالبتها بالخروج منها لا يعمل عليه لأنه محض كيد ، ولأنه نقض ما تم من جهته (لسيوط الجزئية الشرعية - السنة ٢١ العدد ٧ و ٨ ص ٢٩٧ وما بعدها) - كما أن سكوت الزوج عن منع زوجته من الإشتغال بالتدريس طول مدة الزوجية دليل رضاه بإحترافها لم يقبل منه الدفع بعدم إستحقاقها للنفقة عامة (ضرباً الشرعية - جلسة ١٤٠٠/١ - القضية ١٠٢٠ سنة ١٩٥٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ العدد ٥ و ٦ - ص ٢٣١ وما بعدها) .

وتفرض النفقة - عادة - حسيما يقضى به العرف تيسيراً على الزوج .
فإذا كان الزوج من عمال اليومية فرضت عليه النفقة وأمره القاضي بأنائها
للزوجة يومياً ومقدماً حتى تنفق منه . وإذا كان الزوج يتقاضى دخله من
عمله شهرياً ، أو كان تاجراً ، فرضت النفقة مشاهرة . وأما إذا كان يعتمد
على محاصيل زراعية كان الفرض سنوياً بمراعاة مواسم جنيها ...
وهكذا^(١) .

على أن المعمول به في المحاكم المصرية هو أن يفرض للزوجة مبلغ
شهري مقابل نفقة طعامها وكسوتها وبديل فرشها وغطائها وأجرة
مسكنها وأجرة خادمها إذا كان الزوج موسراً . وقد يقضى بحكم الفرض
بمبلغ مقابل كسوتها يدفع لها كل ستة شهور لكسوة الصيف ، وكسوة
الشتاء .

ولا تتجه دعوى إبطال المقرر للزوجة على زوجها من كفيله ، إذ لا
خصوصية له مع الزوجة إلا في طلب أمرها بعدم مطالبته بهذا المقرر^(٢) .

(١) تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج (يسر) وعسر) طبقاً للمادة ١٦
من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمذكرة التفسيرية لهذه المادة (الخلقة
الشرعية - جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد
١ و ٢ و ٣ - ص ٩٢ وما بعدها) كما وإن الزوجة مخيرة بين مطالبة زوجها بالنفقة
ومطالبة كفيله بها ابتداء أو الجمع بينهما (قويسنا الشرعية - جلسة
١٧/٦/١٩٥٠ - القضية ٤٤٥ سنة ١٩٥٠ - المحاماة الشرعية - - السنة ٢١ -
العدد ٩ و ١٠ - ص ٤٥٤ وما بعدها) المقرر شرعاً أن الكفيل خصم في حالتي
الرضا والغصب ، وللزوجة أن تطالبه وحده ويؤمر بأداء النفقة التي لم تستوفها
من زوجها إليها حتى ولو كانت متواصلة مع زوجها ولا خصوصية بينهما أن الكفيل
ليس بخصم فيما يمنع الفرض كالنواطير وهو خصم فيما يمنع أصل الاستحقاق
كالنشوز (متوفى الشرعية - جلسة ٢٠/١٠/١٩٥١ - المحاماة الشرعية - السنة
٢٢ العدد ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٢٤٩ وما بعدها) وذات الجلسة - جلسة ١٤/٤/١٩٧٢
- القضية ٤٠ و ٤١ سنة ١٩٧٢ لحوال مستأنف ، وذات الجلسة - القضية ٢٧
سنة ١٩٧٢ ، وجلسة ٢٨/٤/١٩٧٣ - القضية ٢ سنة ١٩٧٢ ، وجلسة
٢٨/٤/١٩٧٣ - القضية ٩٤ سنة ١٩٧٢ .

(٢) مصرر الإبتنائية الشرعية - جلسة ٤/٢/١٩٢٥ - المحاماة الشرعية - ٢٥٧ -
ص ٩٤٤ .

١٢٤- غير أنه ثار خلاف في الفقه حول تقدير النفقة . هل ينظر في تقدير ما يفرض إلى حال الزوج أم إلى حال الزوجة أم إلى حالهما معاً .

فذهب البعض إلى القول بالنظر إلى حالهما معاً ، فإذا كانا متفقين في اليسار كانت النفقة نفقة اليسار . وإذا كانا معسرين كانت نفقة الإعسار . وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً كانت نفقة المتوسط بين اليسار والإعسار - أما إذا كان الزوج هو المعسر يفرض عليه ما يقدر عليه والباقي يكون ديناً في ذمته تستدينه عليه ممن يجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة ، ونظرة إلى ميسرة .

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ويقول عليه الصلاة والسلام : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك ولدك بالمعروف » وهو الحديث الذي رواه البخاري ومسلم من أن هند بنت عتبة زوج أبى سفيان ، إذ قالت : يا رسول الله ، إن أبى سفيان رجل شحيح ولا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفى بنى . إلا ما أخذ من مالي بغير علم .

بينما ذهب رأي آخر إلى أن تفرض النفقة حسب حال الزوج يساراً وإعساراً - واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » ، وكما أن حسن المعاشرة يقتضى أن يرفع الزوج خسيصة زوجته إن كانت فقيرة ، ويوجب على الزوجة أن لا ترهق زوجها بمطالبته بما لا يقدر عليه .

وكان العمل بالمحاكم المصرية - قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجرى على إتيان الرأي الأول^(١) .

(١) نفقة الزوجية على الزوج لزوجته ، وتعتبر من أحكام عقد الزواج الصحيح ومن الحقوق الثابتة للزوجة ، وتقدر النفقة بصفة عامة بإعتبار حاجة من يطلبها ويسار من يجب عليه أدائها ، وتجب النفقة على الزوج من تاريخ إمتناعه عن أدائها (الزيتون الجزئية - جلسة ١٠/٢٤/١٩٥٠ - القضية ٥٢ سنة ١٩٥٩ أحوال شخصية - المجموعة الرسمية لسنة ٦٠ العدد ١ - ص ١٥٩) ، ولحكم المناصر بالنفقة بحسب الأصل - يجوز حجية مؤقتة لأنه مما يقبل التغير والتعديل -

فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أخذ بالرأى الثانى ، فقد نصت
المادة ١٦ منه على أنه :

« تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما
كانت حالة الزوجة (١) .

وقد جاء بالمذكورة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - فى
صدد المادة ١٦ منه - ما يلى :

« بما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه مذاهب الأئمة الأربعة ، فمذهب
الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لا تقدر النفقة إلا بحسب حال
الزوج مهما كانت حال الزوجة ، إستناداً إلى صريح الكتاب الكريم : (لينفق
ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله
نفساً إلا ما آتاه ، سيجعل الله بعد عسر يسراً ، أسكنوهن من حيث
سكنتم من وجنكم) .

وبما أنه لا يجب أن تؤخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها
تعاقدت معه أن ينفق عليها بما يستطيع حسب إختلاف الأزمان والأحوال ،

وترد عليه الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليه التغيير بسبب
دواعيه ، إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف
الحكم بها لم تتغير ، فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ،
ويجوز الطعن فيه بالنقض (نقض جلسة ٢٧/١٠/١٩٦٠ - الطعن رقم ٢٤ لسنة
٢٨ - أحوال شخصية ، مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - العدد ٣ - مدنى -
ج ٥٤٠ وما بعدها ، ونقض المبدأ ، نقض - جلسة ٣٠/١/١٩٦٣ - الطعن ٥٣٢
لسنة ٢٦ق - المراجع السابق - السنة ١٤ - العدد ١ - مدنى - ص ١٨٩ وما بعدها) .

(١) إقرار الزوجة بأن ليس لها أى شئ قبل زوجها من قبيل الإقرار العام لأنه ذكر فى
سياق النفى فيعم ، ويمقتضى هذا الإقرار لا يكون لها الحق فى مطالبة بشئ ما
من حقوق الزوجية ، وذلك لأن الفقهاء قد نصوا على ذلك ، وقد جاء فى البحر -
جزء ٧ ص ١٦٦ نقلاً عن المبسوط و « وينخل فى قوله لاحق على قبل قلالة كل
عين وكل كفالة أو جباية أو إعساره أو جد » . (الجمرك الجزئية - جلسة
٢٨/١١/١٩٥٧ - القضية ٥٣٦ سنة ١٩٥٢ ، لمرال شخصية) ومتى كان الزوج
فقيراً عن الكسب لكبر سنه وضعفه كانت نفقة زوجته على أولاده لا يشاركهم
فيها أحد ، بل كانت نفقة زوجته على أولاده هو ولو لم تكن لهم (اطسا الجزئية -
جلسة ٢١/٥/١٩٥٨ - القضية ١١٢ سنة ١٩٥٨ أحوال نفس) .

فكان من المصلحة الأخذ بمذهب الشافعي والرأي الآخر من مذهب أبي حنيفة ولهذا وضعت المادة ١٦ .

في مدى الإلتزام بأجر الطبيب، والمولد ، وتكفين الزوجة:

١٢٥- لقد ثار الخلاف بين الفقهاء وبين المحاكم الشرعية حول مدى إلتزام الزوج بأجر الدواء اللازم لعلاج زوجته ، وأجر الطبيب الذي يتولى علاجها من ناحية ، كما ثار الخلاف حول مدى إلتزام الزوج بأجر المولد ومصاريف الولادة من ناحية أخرى .

فبالنسبة لأجر الدواء والطبيب ، فإن المنصوص عليه في الأصول الشرعية أن الزوج غير ملزم بالدواء لزوجته ، فقد ذكر (إبن عابدين):

كُما لا يلزم بمداواتها أى إتيانها لها بدواء المرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة (١) . ولا يقال ذلك من قبيل المحافظة على الصغير فيلزم به أبوه . لأن النقص في عدم وجوب الدواء على الزوج مطلق غير مقيد بقيد (٢) كما أن الراجع في المذهب الحنفى أن أجرة الطبيب المولد على والد الصغير ، لأن نفقته واجبة عليه ، وصيانة حياته بالأولى ، وما ذكر من أن الصغير ينفع من رحم أمه بدون حاجة مساعدة أحد فتدفعه مستشفيات الولادة المنتشرة في أنحاء البلاد لإلتقاذ الوالدات اللاتي يجدن عسراً في حالة الوضع ، وقل أن نجد في هذا الزمن امرأة تلد بدون مساعدة وهى في ذلك درجات ، فالبعض منهن يكتفى بالقابلة ، والبعض منهن يرى أن يلزمها الطبيب قبل الوضع بأيام ، ويرى البعض الإكتفاء بدعوة الطبيب في اللحظات الأخيرة ، وقد جرى بذلك العرف (٣) .

وبالنسبة لأجر المولد (أو القابلة) وما تطلبه النفساء مقابل ما صرفته

(١) عند (السراج) .

(٢) إمباية الشرعية ، جلسة ١٩٤٤/٥/٧ - المحاماة الشرعية - السنة ١٧ - العدد ٤ و ١٤٩ .

(٣) الجيزة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/٢/١ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ٣ و ٤ و ٥ و ٦ - ص ٢٩٩ .

فى نفسها ، فإن المقدر فى الأصول الشرعية (١) ونقلاً عنها أن لجرة القابلة (أو المولد) على من إستأجرها من زوجة وزوج ، فإن جاءت بغير إستئجار ، فقد ذهب رأى إلى أنها على الزوج لأنها مؤونة الجماع ، ورأى آخر يذهب إلى أن ذلك على الزوجة كأجرة الطبيب . ونكر فى (الدر المختار) إنها على من إستأجرها من زوجة وزوج ، وإن جاءت (أى القابلة) بلا إستئجار ، فقد ثار خلاف فرأى يقول عليها ، ورأى آخر يقول عليه ، (نكر ابن عابدين) تعليقاً على حالة ، مجيء القابلة بلا إستئجار ما يأتى : « ومقتضاه أنه قياس ذو وجهين لم يجزم أحد من المشايخ بأحدهما خلاف ما يفهمه كلام الشارح ، ويظهر لى (أى لابن عابدين) ترجيح الأول ، لأن دفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه » ومن هذا يتضح أن وجوب لجرة القابلة على من إستأجرها محل إتفاق بين الجميع . أما ما تصرفه النفساء على نفسها من دهن وسكر وغير ذلك ، فقد ذهب رأى إلى إعتباره من قبيل المؤونة الواجبة للزوجة على زوجها ، أو من قبيل دفع الأعراض الناشئة عن الولادة من الضعف والهزال والأوساخ وما إلى ذلك مما له تأثير على صحة الولادة ، وأنه لا فرق بين حاجة الولادة إلى ما نكر وبين حاجة المريضة إلى الدواء ، إذ أنه لا شك فى أن أعراض الولادة هى أمراض ناشئة عنها . فيحتاج الجسم لإستعادة صحته إلى الدواء . وقد نص فى المذهب (الحنفى) على أن الزوج لا يلزم بالدواء لزوجته (فضلاً عن المطلقة منقضية العدة) ، فقد جاء فى (الفتاوى الهندية) ما نصه : « ولا يجب الدواء للمرض ولا لأجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامه ، كذا فى (السراج الوهاج) » ، ونكر (ابن عابدين) أن تستعمل النفساء مما يزيل الكلف ونحوه من المناواة التى لا يلزم بها الزوج (٢) .

أما بالنسبة للصغير (أو الصغيرة) فإن له فى نظر الشريعة والقانون والعرف العام حقوقاً على والديه فى الفترة التى لا يستطيع خلالها الإعتماد

(١) الفتاوى الهندية ، والخيرة ، وفتح القدير .

(٢) إسنا الشرعية - جلسة ١٩٤١/٢/٢٥ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ العدد ٩ - ص ٨٤ .

على نفسه فعليهما معاً المحافظة عليه من الهلاك ، فعلى الأم إرضاعه وحضانه وعلى الأب نفقته وعلاجه . ويعالج الصغير الفقير بالمجان في المستشفيات والوحدات الصحية والمراكز الإجتماعية متى كان والده فقيراً، سواء أكان في حجرة والديه معاً أو في حجرة والدته وحدها . ويعالج الصغير الفقير بالأجر على حساب والدته متى كان والده غنياً ، سواء أكان في حجر والديه معاً أم كان في حجر والدته وحدها حتى لا يلزم الفقراء في طريق علاجهم فإذا كان الصغير في حجر والدته المطلقة وكان والده غنياً ، فلها أن تعالجه بالأجر وتدفع أجر الطبيب وثمان الدواء قبل الحكم لها وترجع على الأب بقا دفعت ، ويعتبر الأب في هذه الحالة في حكم الغائب وتنوب عنه الأم في ولاية علاج الصغير ، كما تنوب عنه في الإنفاق عليه من مالها حين غيبته ثم ترجع عليه بما أنفقت . وينبغي إعتبار علاج الصغير وتعليمه يلزم به والده ، لأن لعلاج الصغير وتعليمه من الظروف والملابسات ما يقتضى ذلك ، وترك الصغير بدون علاج يترتب عليه ضعف صحته أو هلاكه ، وفي ضعفه ، يثبت في الأمة عضو مريض يكبدها مصاريف علاجه ، وفي فقدته تفسد الأمة عضو يكون نافعاً وتسعد به (١) .

أما تجهيز وتكفين ونقل الزوجة المتوفاة لا يكون من مؤخر صداقتها، بل يكون على زوجها وحده لا يشاركه في ذلك كما لا يشاركها بتجهيز الزوجة إذا ماتت في حياة زوجها ، وتظاهر الرواية والقول في نفقتها وقت حياتها لا يشاركها أحد ، وقد اختلف الفقهاء ، فيمن يلتزم والمفتى به قول أبو يوسف من أن تكفينها وتجهيزها على الزوج مطلقاً ، وإذ لا نص فإن إعمالاً لحكم المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية يتعين إلزام الزوج بذلك وحده لا يشاركه فيه أحد ، كما لا يشاركه في نفقتها وقت حياتها أحد (٢) .

نفقة المطلقة :

١٢٦- لما كانت المطلقة من طلاق رجعي في حكم الزوجة ما دامت

(١) بنى سوف الكلية الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٢/٣ - المعاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ١ و ٢ و ٣ - ص ٧١ ، وحاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٧٠٤ .

(٢) (الرايلى الشرعية - جلسة ١٩٥٠/٢/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ و ٢ و ٣ - ص ١٢٩ .

فى العدة ، فإن لها على مطلقها شرعاً ما للزوجة على زوجها من بعض الحقوق ومنها النفقة .

وما قلناه فى هذا الخصوص فى نفقة الزوجة يصدق تماماً على نفقة المعتدة (١) .

إن المقرر شرعاً وقانوناً أن نفقة الزوجة والمعتدة على الزوج والمطلق شرعاً لأنها جزء الإحتباس الحقيقى أو الحكمى وتحتسب من تاريخ الترك لأنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وتقدير حسب حال الزوج والمطلق يسراً وعسراً (المادة ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و١٦ لسنة ٢٥ لسنة ١٩٢٩) ، وللمطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً النفقة بجميع أنواعها على زوجها ما دامت فى عدتها منه ، لأن الزواج لا يزال قائماً من بعض الوجوه ، ولأن حق إحتباسها فى العدة من أجله ثابت له شرعاً ، وهذا هو وجوب النفقة (٢) .

ونفقة الزوجة والمطلقة دين فى نعمة الزوج لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء (٣) .

وقد يحدث أحياناً أن تكون المطلقة (٤) رجعياً مستحقة لنفقة زوجية

(١) دمياط الابتدائية - دائرة الأحوال المستأنفة - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ - القضية ١٨ سنة ١٩٧٢ ص - لم ينشر ، وجلسة ١٩٧٣/١١/٢٥ - القضية ٤٣ و٤٦ سنة ١٩٧٢ أحوال س ، وجلسة ١٩٧٣/١/٢٧ - القضية ٧٣ سنة ١٩٧٢ أحوال س - (لم ينشر) ، ودمياط الابتدائية - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢ - القضية ٩٧ سنة ١٩٧٤ س لأحوال - ودمياط الابتدائية - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢ - القضية ١١٤ سنة ١٩٧٤ س لأحوال .

(٢) الأحوال الشخصية - قسم الزواج - للشيخ محمد أبو زهرة ، طبعة ١ - ص ٢٢٩ وما بعدها ، والشرعية الإسلامية ، للشيخ عبد الرحمن تاج ، طبعة ١ ص ٢١٢ وما بعدها ، وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور محمد يوسف موسى - طبعة ١٩٥٦ ، ص ٢٢٩ ، وما بعدها والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البريديسى - طبعة ١٩٦٥ - ص ٣١٥ وما بعدها ، ودمياط الابتدائية - جلسة ١٩٧٢/١/٢٧ - القضية ٨٨ سنة ١٩٧٢ أحوال مستأنف - لم ينشر .

(٣) دمنهور الشرعية - جلسة ١٩٥٠/٦/٣ - المعلقة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٨ و٧ - ص ٤٠٣ .

(٤) إذا طلق الرجل زوجته على الإبراء من نفقة عدتها وعلى تحمل نفقة بناتها الصغيرات وكانت ذات يسر ، فلا يحق لها بعد ذلك أن تطالب والدين بنفقتين (اللبان الجزئية - جلسة ١٩٥٢/١١/١٣ - القضية ١٩٥٧/٩/٢ أحوال نفس) .

سابقة على إستحقاقها لنفقة العدة ، وتقيم الدعوى بطلب فرض نفقة زوجية بأنواعها ونفقة عدة - وعندئذ فيتعين على القاضى أن يقضى بفرض نفقة بالأنواع التى طلبتها للعدة ، وتكون هذه نفقة زوجية عن المدة التى تثبتها المطلقة رجعياً بإحدى وسائل الإثبات الثلاثة - وهى : إقرار الزوج ومصادقته على الدعوى ، أو التحرى بمعرفة قلم الكتاب بالطريق الإدارى ، أو شهادة الإستكشاف ، وسوف نعود إلى بحثها فى الكتاب الثانى من هذا المؤلف (نظرية الإثبات) - إلى تاريخ إشهاد الطلاق ، على أن يستمر المفروض نفقة عدة إلى حين إنقضائها منه شرعاً (١) .

أحكام الإختصاص النهائى للمحكمة الجزئية فى المطالبة بنفقة الزوجة :

١٢٧- ظاهر من نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية أن الحكم الصادر بنفقة الزوجة يكون نهائياً (غير قابل للإستئناف) فى الحالات التالية:

١- إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على عشرة آلاف جنيهًا شهرياً . أى أنه إذا طلبت الزوجة الحكم لها شهرياً على زوجها بفرض مبلغ لطعامها لبدل كسوتها ولأجر مسكنها ولأجر خادمها ، على الأكثر مثلاً ، كان الحكم الذى يصدر فى هذه الطلبات قابلاً للإستئناف لأن مجموع ما هلب هنا يزيد على ألفان جنيهًا . أما إذا اقتضت الزوجة على طلبات بأنواع مجموعها ألف خمسمائة فى الشهر ، فإن الحكم الصادر فى تلك الطلبات يكون عندئذ نهائياً وغير قابل للإستئناف .

٢- إذا لم يزد ما يحكم به فى كل نوع على خمسمائة شهرياً بحد

(١) وقد نصت المادة ١٧٤ من كتاب (الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية) للمرحوم محمد قنبرى باشا على أنه « تفرض النفقة أصنافاً أو تقوم الأصناف بدراهم على حسب إختلاف أسعار الككولات فى البلدة غلاء ورخصاً رعاية للجانبين ، فإنما غلا السعر تزداد النفقة المقدرة للمرأة ، وإذا رخص تنقص من الزوج ولو بعد القضاء بها » .

أقصى مقداره ألفان جنيهاً في الشهر ، وذلك في حالة ما إذا كانت طلبات المدعية غير معينة المقدار ، كأن ذكرت نفقة طعام وكسوة وبدل فرش وغطاء وأجر مسكن وخادم مثلاً ، فقضت لها المحكمة على زوجها بمبلغ ألفان جنيهاً في الشهر في جميع الأنواع .

وعلى ذلك يمكن القول بأن منطوق نهائية الحكم الصادر في نفقة الزوجة هو بأن لا يتجاوز مجموع ما يقضى به في كل شهر ألفان جنيهاً ، سواء أكان ما قضى به أو ما طلب من كل نوع من أنواع النفقة الداخلة في عناصرها في كل نوع أم كان ما قضى به - عند عدم تعيين مقدار الطالب به منها مثل ذلك ، وذلك كله وفي الحالتين بحد أقصى مقداره ألفان جنيهاً شهرياً .

ونفقة المطلقة في ذلك كنفقة الزوجة من كل الوجوه (١) .

ثانياً - نفقة الصغير :

١٢٨ - يستفاد من نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية أن نفقة الصغير تشمل :

الطعام - وبدل الكسوة - وأجر المسكن - وأجرة الخادم (٢) .

وهي نفس العناصر المنصوص عليها بالنسبة لنفقة الزوجة .

وزادت المذكرة الإيضاحية اللائحة الشرعية على تلك العناصر :

أجرة الحضانة - وأجرة الرضاعة :

وبناء على ذلك تتحدد عناصر نفقة الصغير بما يلي :

(١) وجاء بالمادة ١/٢٢٤ من كتاب قنوني بلشأنه كل فرقة طلاقاً أو فسخاً من قبل الزوج لا توجب سقوط النفقة سواء كانت بمعصية أو لا ، فتجب عليه النفقة مدة العدة وإن طالت

(٢) بلقاس - جلسة ١٧/٢/١٩٧١ - القضية ١٩٩ سنة ١٩٧٠ ، ٢١٠ ، ٢١٨ ، ٢٢٧ ، ٢٢٢ ، ٢٤٦ سنة ١٩٧٠ أحوال ، وجلسة ١٠/٢/١٩٧١ - القضية ٥ سنة ١٩٧١ و ١٠ سنة ١٩٧١ - جلسة ٢٤/٣/١٩٧١ ، وجلسة ٣١/٢/١٩٧١ القضية ٧ و ٥٠ سنة ١٩٧١ وجلسة ١٤/٤/١٩٧١ - ٣ سنة ١٩٧١ ، وجلسة ٢١/١٠/١٩٧١ - ٣ سنة ١٩٧١ ، وجلسة ٣١/١٠/١٩٧١ - القضايا ٢٢١ و ٢٢٠ و ٢٢٣ سنة ١٩٧١ .

الطعام - وبديل الكسوة - وأجرة المسكن - وأجرة الخادم -
وأجرة الحضانة - وأجرة الرضاعة (١) .

وما قلناه في نفقة الزوجة عن عناصر : الطعام ، وبديل الكسوة ،
وأجرة المسكن ، وأجرة الخادم ينسحب على تلك العناصر في نفقة
الصغير، تجنباً للتكرار .

ونفقة الصغير كنفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة ، مستدانة كانت
أو غير مستدانة (٢) .

ويبقى بعد ذلك من عناصر نفقة الصغير : أجرة الحضانة وأجرة
الرضاعة (٣) مما تفرّد به نفقة الصغير من السمات المميزة . وما يوضح
نقائنها الخاصة .

(١) راجع في (الإرضاع والحضانة) : ولاية التربية والتعليم والحفظ - للدكتور أحمد
فراج حسن - مذكرات لدبلوم الشريعة الإسلامية بجامعة الإسكندرية - ١٩٧٣ -
١٩٧٤ - ص ٤ وما بعدها .

(٢) إمابة الشرعية - جلسة ١٩٤٥/٦/٣ - المحاماة الشرعية - السنة ١٧ - العدد
٩ و ١٠ ص ٥٩ .

(٣) وقد قضى بأن كل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه شرعاً المأكل ، والملبس
، والمسكن ، والرضاع إذا كان المطلوب له النفقة رضيعاً ، لأن وجودها للكفاية ،
والكفاية تتعلق بهذه الأشياء ولو كان له خادم يحتاج إلى خدمة تفرض له أيضاً لأن
ذلك من جملة الكفاية (جرجا للشرعية - جلسة ١٩٧٨/٢/٩ - المحاماة الشرعية
- السنة الأولى - العدد ٢ - ٩٧) ، كما قضى بأن البتة من الأسباب الموجبة
للفنقة، ومنها يمدل الفرش والغطاء لأنهما لازمان لحفظ حياة الإبن من رطوبة
الأرض وبرودة الجو عند اللزوم (الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٢٩/٥/١٢ -
المرجع السابق - السنة الأولى - العدد ٤ - ص ٣٢٠) ، ويقضى للخادم بأجرة
نظير خدمته، إذ قد جرى العرف الشائع على أن الخدم ياكلون ويشربون من
مخومهم فوق أجرتهم (طنطا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١٠/١٨
المحاماة الشرعية - ٢ العدد ١٠ - ص ٩٤٦) ، ويلقاس جلسة ١٩٧١/٤/١٤
القضية ٣٦ سنة ١٩٧٠ ، وجلسة ١٩٧١/٤/٢٨ - القضايا ٥٨ و ٦٨ و ٦٩ سنة
١٩٨١ وجلسة ١٩٧١/٥/١٩ - القضايا ٤٠ و ٤١ و ٧٣ سنة ٨١ ، جلسة
١٩٧١/٦/٦٦ - القضايا ٥٩ و ٦٥ و ٨٤ و ١٦ سنة ١٩٧١ ، وجلسة ١٩٧١/١٠/٣١
١٩٧١ - القضايا ١٣١ و ١٧٠ و ٢٣٦ سنة ١٩٧١ .

وما يجعله الأب من نفقة الصغير إلى حاضسته ، يعتبر أمانة في يدها تنفقها عليه في الزمن الذي عجلت عنه . فإذا خرج الولد من يدها قبل مضي الزمن المذكور ، كان من حق الأب إسترداد ما بقى من المعجل ما لم تدع الحاضنة ملاكه بخلاف المعجل من نفقة الزوجة ، فإنه لا يرد ولو وجد ما يسقطه قبل مضي زمنه (١) .

(١) ذاتية نفقة الصغير :

١٢٩- تقضى الأصول الشرعية الخالدة على الزمان بوجوب نفقة الصغير على أبيه من تاريخ ولادته حتى تاريخ بلوغه ، ويستمر فرضها إذا بلغ الولد مجنوناً ، أو مريضاً بمرض مزمن أو عمى ، غير قادر على الكسب ، أو كان طالب علم لا يتفرغ للكسب ، فيجب النفقة على الأب في كل تلك الأحوال بجميع أنواعها من طعام وكسوة وسكنى ومصاريف دراسية (كثمن الكتب والمصاريف) ويدل الفرش والغطاء ، وأجور الحضنة والإرضاع والخادم والطبيب وثمن الدواء وزكاة الفطر ، على حسب سنة ، لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، وقوله سبحانه وتعالى : « فإن أرضعن لكم فائقهن أجورهن بالمعروف » ، فلما كان الإرضاع واجباً ، كان الإنفاق عليهم واجب منه ، ولما روى البخارى ومسلم وغيرهما عن عائشة رضى الله عنها أن هند بنت عتبة زوجة أبى سفيان قالت : يا رسول الله أن أباً سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال ص : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

فإذا كان للصغير مال ، فجميع ما يحتاجه في ماله - على ما سيأتى :

فإذا لم يكن له مال فإن النفقة تجب له حتى يبلغ حد الكسب ويقدر عليه ، وتبلغ الأنثى وتتزوج إلى حين إلحاقها بزوج يتحمل ما وجب لها في الحياة من مؤن .

وكل ذلك مشروط ببسار الأب ، فإن كان فقيراً فيلزم قدرته على

(١) جرجا الشرعية - جلسة ١٢/٧/١٩٤٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٨ - العدد ٢٠٢ و ٣ - ص ٥٢ .

الكسب ، فإذا عجز عن الكسب الحق بالميت وسقط وجوب النفقة عليه وانتقل وجوبها إلى غيره ، وأمر من بعده بأدائها صيانة للولد ، يرجع بها على الأب إذا أيسر ، والأب في هذه الحالة أولى بالإنفاق على إبنها من سائر الأقارب إذا كانت موسرة ، فإن لم تكن موسرة أمر الجد لأب بالأداء ليرجع بها على ابنه بعد يساره . وكذا غيره .

وإذا كان الأب فقيراً عاجزاً عن الكسب ، فإنه يلتحق بالميت ، وبالأولى كان ميتاً بالفعل ، ويسقط عنه وجوب نفقة الصغير ، وينتقل إلى أقارب الصغير .

والأقارب في وجوبها ، إما أن يكونوا أصولاً (أجداناً وجدات) أو حواشي وهم ليسوا بأصول وقروح (أي أخوة وأخوات وأعمام وأخوال وخالات) . وقد يجتمع خليط من هؤلاء وهؤلاء .

والضابط المميز في وجوب نفقة الصغير على قريبه ، أن يجتمع فيه الرجم والمحرمية . بحيث إذا فرضت من يجب له النفقة (ذكر) ومن يجب عليه النفقة (أنثى (أو العكس) ، لامتنع زواج أحدهما بالآخر .

وبناء على تلك القاعدة فلا تجب النفقة على إبن العم وإبن الخال لأنه رجم غير محرم .

كما يشترط في وجوب النفقة على القريب أن يكون موسراً (أي يملك نصيباً فاضلاً عن حاجياته الأصلية) ، أو كسوياً (أي يفضل شيء بعد موافقته ونفقة عياله) . والمعتبر في اليسار هو بقيمة الملك لا بمقدار الربح .

فإذا كان المسئول بنفقة الصغير من الأقارب أصولها وارثين ، فالنفقة عليهم بقدر إستحقاقهم في الإرث ، لظاهر قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » وعلى ذلك فلو كان للصغير لم وجد لأب ، فالنفقة عليهما اثلاثاً الثلث على الأم والثلثان على الجد لأب لأنهما يرثان في الصغير كذلك . أما إذا كانوا أصولاً بعضهم يرث والآخر لا يرث ، فإن كانوا متساوين في القرب والجزئية ، فالنفقة على الوارث (كالجد لأب والجد لأم ، فالأول يرث دون الثاني) وإن كانوا متفاوتين في القرب والجزئية فلا عبرة بالميراث بل بالقرب والجزئية (كالأم والجد لأم) .

وتجب النفقة للابنت الصغيرة الفقيرة على عمها الشقيق الموسر مع وجود أخيها الشقيق المعسر وذلك طبقاً لما تدل عليه القواعد العامة والنصوص الصريحة ، فقد نصت النصوص الشرعية الصحيحة على أنه إذا اجتمع في قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر . وكان المعسر يحرز كل الميراث ، فإنه يجعل كالمعسر ، ثم ينظر إلى ودة من تجب له النفقة ، فتجعل النفقة عليهم على قدر مواريتهم (١) .

أما إذا كان المسئولون بنفقة الصغير من الحواشي ، فيأما أن يكونوا وارثين أو لا ، فالنفقة على الوارثين بقدر مواريتهم ، فإذا كانت للصغير أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم وعم كانت النفقة عليهم أسداساً : ثلاثة أسداسها على الأخت الشقيقة وسدس على الأخت لأب وسدس على الأخت لأم وسدس على العم ، كميراثهم فيه . وإن كان بعضهم وارثاً والبعض غير وارث ، كان المناط في الوجوب هو الإرث وحده (خال وعم) فالخال لا يرث والعم يرث .

وإذا اجتمع أصول وحواشي في وجوبها ، وكانوا وارثين كانت بقدر الميراث ، وإن كان البعض يرث دون غيره فالنفقة على الأصل .

١٣٠- تتميز نفقة الصغير أو الصغيرة بأنها تستمر حتى يبلغ الصغير حد الكسب والقدرة عليه . وحتى تتزوج الأنثى (٢) .

(١) المنيا الشرعية - جلسة ١٩٤٦/٧/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٢١ و ٣ - ص ٩٦ وتنقيح الحامدية - جزء ١ ص ٦٦ .

(٢) إذا فرض الأب على نفسه نفقة لطفلة بورقة عرفية فطلبت الحاضنة أمره أداء هذا المفروض ، ومانع الأب في أمره به لأنه لا يطيقه أو بأنه فوق الكفاية بما لا يدخل تحت التقدير بحث القاضي حاله ، فإن كان المفروض أزيد من نفقة الكفاية زيادة غير يسيرة أمره بأداء ما يكفى ورفض الزيادة ، ولها أيضاً أن تطلب زيادته ويجبها القاضي إلى ما يكفى إن كان المفروض لتقص من نفقة الكفاية نقصاً غير يسير ، كما أن من المقرر أن المفروض للصغير بالتراضي كالمفروض بقضاء القاضي لا يسقط بمضى المدة وإن لم يكن مستلذاً بأمر القاضي على المفتى والمعمول به (ديروط الشرعية - جلسة ١٩٤٥/٦/١٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٩٠ - العدد ٧ و ٨ - ص ٣٢٢) .

كما أنها تستمر إذا بلغ الولد زمناً ومصائباً بعاهة تعجزه عن الكسب ،
أو لم تتزوج الصغيرة ولم تستطع أن تزاول عملاً تتكسب منه .

والزمانة عاهة تمنع من العمل كالشلل وقطع اليدين أو الرجلين .

كما إن من سمات نفقة الصغار أن يكونوا فقراء حتى يستحقونها على
أبيهم ، لأن الأصل فيها أن نفقة الصغير في ماله (١) .

ولا يشارك الأب في نفقة صغاره لحد ، ما لم يكن معسراً أو زمناً (أو
مريضاً بمرض مزمن) أو عاجزاً عن الكسب ، فإننا كان للأب كذلك الحق -
بالميت ، وسقطت عنه النفقة ، وانتقل حق وجوبها إلى من تجب عليه نفقة
الصغير في حالة عدم وجود الأب (٢) .

(١) مرسى مطروح الجزئية - جلسة ١٩٦٧/٥/٢١ - القضية ٣ سنة ١٩٦٧ أحوال
نفس ، ومرسى مطروح الجزئية - جلسة ١٩٦٧/١٢/١٤ - القضية ٩١ سنة
١٩٦٧ أحوال نفس ، ومرسى مطروح الجزئية - جلسة ١٩٦٨/١٢/١٤ - القضية
٣٢ سنة ١٩٦٧ أحوال نفس ، ويلقاس الجزئية - ١٩٦٨/١١/٢٠ - القضية ١٨٧
سنة ١٩٦٨ أحوال نفس ، ويلقاس الجزئية - جلسة ١٩٦٨/١/١٧ - القضية ٢٤٨
سنة ١٩٦٢ أحوال نفس ، ويلقاس الجزئية - جلسة ١٩٦٩/٢/٥ - القضية ١٧٨
سنة ١٩٦٨ أحوال نفس ، وكوم امبر الجزئية - جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ - القضية
٣٣٠ سنة ١٩٦٤ أحوال نفس ، وديباط الكلية - جلسة ١٩٧٣/١٢/٨ - القضية
١٥٧ سنة ١٩٧٢ أحوال مستأنف ، والقضية ١٩ سنة ١٩٧٧ أحوال مستأنف ،
وإندغو الجزئية - جلسة ١٩٦٢/١/١ - القضية ٦٦٩ سنة ١٩٦١ أحوال نفس ،
وإندغو الجزئية جلسة ٢٠-١١-١٩٦١ - القضية ٢٢٦ سنة ١٩٦١ أحوال نفس .

(٢) وقضى بأن نفقة الطفل الصغير على أبيه الموسع لا يشاركه فيها أحد ، إما الأب
المعسر فإن كان زمناً أي عاجزاً عن الكسب بما يرجى زواله كشيخوخة وعمى
ولقمان ، فهو كالميت ينتقل وجوب النفقة كالعادة لغيره من الأقارب ، وإن كان غير
زمن لكن لا يجد عملاً أو وجد عملاً لا يفي أجره بنفقته ففي نفقة أولاده روايتان
لأحدهما إنتقال الوجوب إلى غيره كما لو كان زمناً ، والأخرى أن يظل الوجوب
على الأب ، ففترض عليه النفقة لكن يؤمر من يليه من الأقارب الموسعين بالأداء
ليرجع بها على الأب إذا أبسر (شبين للكرم الإبتدائية الشرعية - جلسة
١٩٤٨/١٢/٨ - المجموعة الرسمية (٨-١٦) - وقضى بأن المحكوم عليه
بالسجن المؤبد يعتبر عاجزاً عن الكسب بما لا يرجى زواله أو لمكن إحتماله
فتجب نفقة أولاده الصغار على من يليه وهو جده لأبيه (قويسنا الشرعية جلسة -

١٩٤٩/١٢/١١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٢ - ٤ - ص ٢٠٠ ،
وقضى بأن الجد ينزل منزلة الأب في وجوب النفقة عليه وجده حال حجب غيرهِ
في العصبية كحجبهِ لآخ عصبياً أو عمّاً كذلك ففي أم وجد لأب وأخ عصبى أو عم
كذلك تكون النفقة على الجد وحده طريقاً للمقصود عليه في منهج أبي حنيفة ،
فإنما لم يتحقق حجب غيرهِ كجد لأب مع أم ولا يوجد غيرهما للمطلوب له النفقة
تكون النفقة عليهما أثلاثاً كالإرث على الأم الثلث والجد الثلثان (بني سريف الكلية
الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٧ و ٨ - ص ٣٧١) كما قضى أيضاً بأن الفقير على
قريبهِ الموسر فيما عدا نفقة الزوجة فعلى زوجها والصغير على أبهِ ولو فقيراً لا
يشارك كلاً منهما أحد فيهِ ، فتفرض نفقة الزوجة على زوجها الفقير ، ونفقة
الصغير على أبهِ ، ثم يؤمر من تجب عليه لولاه بالأداء ليرجع عليه بها إذا أيسر ،
إلا إذا كان الفقر لزمانة فيكون حكمه كالليت وتسقط عنه النفقة وتفرض على من
يليه إبتداء (الزقاق الجزئية الشرعية - جلسة ١٨/٩/١٩٥٠ - المحاماة الشرعية
- السنة ٢٢ - العدد ٧ و ٨ ص ٤٩٦) وقضى أيضاً بأنه إذا إجتمع الجد والأب مع
الأم الموسرة بنون أخ فالنفقة عليهما أثلاثاً . أما إذا كان مع الجد أخ فإن النفقة
تكون على الجد وحده لتنزيله منزلة الأب في حجب الأخ عملاً بالقانون رقم ٧٧
لسنة ١٩٤٣ الخاص بالميراث (تلا الشرعية - جلسة ٣٠/٩/١٩٥٢ - المحاماة
الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤ و ٦ و ٦٥) ، وتجب النفقة للبت الصغيرة
على عمها الشقيق الموسر مع وجود أخيها الشقيق المعسر (العميا الجزئية
الشرعية - جلسة ٢/٧/١٩٤٦ - المحاماة الشرعية السنة ٢٤ - العدد ١ و ٢ و ٣ -
ص ٩٩) ومن شروط وجوب نفقة الإبن الكبير على أبهِ أن يكون الإبن طالب النفقة
عاجزاً عن الكسب ، فإذا إستبان للمحكمة من معاينة الإبن الكبير طالب النفقة
ومن مناقشته أنه سليم الجسم والحواس وليس به عاهة تمنعه من الكسب تعين
رد دعواه عليه ورفضها كما تقضى بذلك نصوص فقهاء الحنيفة ، وما ذهب إليه
فقهاء الحنفية من ذلك هو الذى يتفق وروح الشريعة الإسلامية التى تدعو إلى الجد
فى العمل لإطراح أسباب التواكل (أسيوط الجزئية الشرعية - جلسة ٢٥/٤/١٩٤٨ -
- المجموعة الرسمية - ٤٨-١-٢) .

وقد قضى بأنه لما كان المقرر شرعاً أن نفقة الصغير على أبهِ لا يشاركه فيه أحد ،
ومن ثم وقد إسترد والد الصغير (المدعى عليه الثانى) حريته بعد السجن ، ومن
ثم فقد أصبح قادراً على الكسب ، وإنه لذلك على ما هو مستفاد من الصورة الفوتوغرافية
المدفوعة والدالة على إنشاء محل تجارة كبير مملوك للمدعى عليه الثانى والد
الصغير الذى أقر بالجلسة بملكيتهِ لذلك المحل ومن ثم كان وحده الملتزم بنفقة
صغيرة ، ويكون تعرض المدعى عليها الأولى للمدعى بالنفقة المقضى بها حال
سجن والد الصغير فى غير محله وغير مستند إلى أساس شرعى ويتعين لذلك
أمرها بكف يدها عن مطالبتهِ بالمقرر بالحكم رقم ١٥ سنة ١٩٦٨ -

وإذا لم يف كسب الأب حاجته وحاجة ولده ، أو لم يتيسر له الكسب بأن كان عاطلاً أو أن السلعة التي يتجر فيها قد كسدت أو مهنته أو حرفتها لم يعد الناس بحاجة إليها ، فإنه في هذه الحالة يؤمر القريب بالإنفاق على الصغير نيابة عن أبيه . بحيث يرجع عليه بما أنفقه عند اليسار ، أي يكون ما أنفق ديناً على الأب المعسر (١) .

إذا اجتمع من أقارب الصغير الفقير المطلوب له النفقة لم معسرة وأخوة إشقاء لأم موسرة ، كانت نفقة الصغير على الأخوين بون الجد (٢) . وتفرض نفقة الصغير الفقير من يوم الحكم بها . لأنها تقوم على الحاجة ، والحاجة تكون قد إنففعت قبل الحكم بالنفقة .

ولما كانت نفقة الصغير نفقة حاجة وكفاية ، فإنها تزاد كلما زادت

= أحوال نفس كفر الشيخ بنفقة الصغير (محمد) من المدعى عليه الثاني إعتباراً من تاريخ الإفراج عن المدعى عليه الثاني الحاصل في ١٩٧٠/٢/١٠ (بلقاس - جلسة ١٩٧١/١٢/٢٤ - القضية ١٤٧ - أحوال نفس) ، وأن القرض لنفقة الصغير لا يسقط بالإسقاط ، ولو كان في شكل صلح مع أمه أو مراجعة حيلية (بلقاس - جلسة ١٩٧١/٩/١٣ - القضية ٤٩ سنة ١٩٧١ حبس أحوال نفس) .

(١) وقضى بأن الفارق بين نفقة الزوجة ونفقة الصغير أن نفقة الزوجة دين لها وهي دين نفقة فهي صلة من وجه ، أما نفقة الصغير فليست ديناً له وإنما هي دين شبه بالقرض ، حيث أن المتعارف عليه والمسلم به أن الحاضنة التي صدر لها الحكم على الأب أو القريب بنفقة الصغير وحضنته من غير إذن بالإستدانة لها أن تنفذ على المحكوم عليه عن مدة ماضية كبرت المدة أو صغرت ولم يقل أحد بسقوط ما فرض للصغير لإنفاغ حاجته ، ومن ثم يكون ما تجمد للصغير حكمه حكم القرض فلا يسقط بوفاته ، إذ لا يكون لوفاة الصغير أثر في إسقاط حق ثابت للغير وهو دين نفقة ، وعلى هذا جرى العمل القضائي من زمن بعيد ، وهو أرفق بالنساء وفيه مصلحة الصغير في أن يجد حاضنته تقوم بخدمته ورعايته وهي مطمئنة على أن ما تنفقه بحكم القضي ثابت لها لا يضيع عليها (قنا الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١٠/١٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٩ و ١٠ ص ٦٢٨ وما بعدها) .

(٢) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ١ و ٢ و ٣ ص ٨٢ .

حاجة الصغير ، لكبر السن (١) . وإرتفاع التكاليف (٢) .

والمعتبر في فرض نفقة الصغير حاجة وكفاية مثله ، وفي نفقة الزوجة طاعة الزوج ، كما أن الصلح عن نفقة كفاية المثل أو أزيد أو أنقص منها بيسير يدخل تحت التقدير ، وتختلف نفقة الكفاية لمثل الصغير باختلاف الطبقات ، فما يناسب ابن الغنى غير ما يناسب ابن الأحسن أو الأقل منه حالاً .

وإذا فرض الأب على نفسه نفقة لطفله بورقة عرقية ، فطلبت الحاضنة أمره بأداء هذا المفروض ، ومانع الأب في أمره به لأنه لا يطيقه أو لأنه فوق الكفاية بما لا يدخل تحت التقدير ، بحث القاضي حالته ، فإن كان المفروض أزيد من نفقة الكفاية زيادة غير يسيرة ، أمره بأداء ما يكفي ورفض الزيادة، ولها أن تطلب زيادته ويجيبها القاضي إلى ما يكفي إن كان المفروض أنقص من نفقة الكفاية نقصاً غير يسير .

إن المفروض للصغير بالتراضي كالمفروض بقضاء القاضي لا يسقط بمضي المدة وإن لم يكن مستنداً بأمر القاضي على المفتي والمعمول به (٣) .

ولا يسقط المستحق منها بوفاته الصغير .

لا يسقط المتجمد من نفقة الصغير بوفاته ذلك أن الفقهاء نصوا على أنه لو قضى القاضي للولد والوالدين ونوى الأرحام بالنفقة ، فمضت مدة شهر أو أكثر سقطت إلا أن يستدين بأمر القاضي ويتفق منها ، فإنها لا تسقط ، وهذا حكم نفقات الأقارب لا فرق بين صغير وكبير ، وعليه لا

(١) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢٢/٦/٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٢ - ص ١٣٦ .

(٢) وقد قضى بأن نفقة الصغير نفقة حاجة ويقدر الكفاية ، تزداد بزيادتها ، وكبر سن الأولاد مقتضى الحاجة الموجبة للزيادة ، ومن ثم يكون طلبها بعد انتضاء أكثر من عام على فرضها في محله (ملفاس الجزئية - جلسة ١٩٧٢/١٠/٢١ - القضية ١٣٩ سنة ١٩٧٢ لحوال نفس - جزئي) .

(٣) ديروط الشرعية - جلسة ١٩٤٥/٦/١٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٧ - ص ٣٢٢ .

يسقط ما تجمد لتنفقة الصغير بعد فرضها بموته ولا يموت من فرضت عليه . أما نفقة الزوجة المقضى بها ، فقد نص الفقهاء على أنها تسقط إن لم تكن مانونة بإستدانتها لأنها صلة من وجه فتبطل بالموت كالأهبة فتبطل بالموت قبل القبض وقد جرى العمل القضائي على ذلك منذ زمن بعيد ، وهو إرفق بالنساء ، وفيه مصلحة الصغير في أن يجد حاضنته تقوم بخنمته ورعايته وهي مطمئنة على أن ما تنفقه عليه بحكم القاضى ثابت لها لا يضيع عليها (١) .

وإذا مات الأب قبل أن تقبض أم الصغير نفقة مدة مضت له ، فيكون للأم الرجوع بها في تركته إن كانت مستدانة بأمر القاضى ، وأما إذا كانت غير مستدانة سقطت النفقة بعدم الإنفاق .

(٢) أسباب وجوبها :

١٣١- أسباب وجوب نفقة الصغار على أبيهم - متى كانوا فقراء - من الولادة ، لأنها تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ، ويجب على الإنسان إحياء نفسه وجزمه .

كما أن الولد للفراش . والأصل للفقر ، والصغر ، واليد تثبتان بمشاهدة القاضى للصغير في يد أمه حاضنته ، وولاية الإنفاق تعتمد اليد ، وما دام والد الصغير يعمل فهو ليس فقيراً ولا مريضاً وتجب عليه نفقة(٢) .

ونفقة الصغار الفقراء بقدر الكفاية .

والراجع في المذهب الحنفى أن نفقة الصغير تلحق بنفقة الزوجة ، لا تحتاج الإذن بالإستدانة ، خلافاً لنفقة سائر المحارم فإنها تسقط بمضى شهر فأكثر ما لم تكن مستدانة بأمر القاضى .

فسبب وجوب نفقة الأولاد - إذن - هو الجزئية المستفادة من كون

(١) قنا الشرعية - جلسة ١٦/١٠/١٩٥١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ العدد ١٠٩ ص ٦٧٨ .

(٢) بلباس - جلسة ٢٧/١١/١٩٦٨ - القضية ١٤٨ سنة ١٩٦٨ لحوال .

الفروع مولودين للأصول ، وذلك لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن اللب سبحانه وتعالى أوجب على الأب رزق الوالدات (أي نفقتهن) ، وعبر عن الأب بالمولود له للتنبيه إلى أن علة الإيجاب عليه هي الولادة له (١) .

تعين المحكمة المختصة نوعياً بنفقة الصغير في ماله :

١٣٢- يشترط - على ما سبق بحثه - لإستحقاق الصغير نفقة على غيره ، أن يكون فقيراً ومحتاجاً ، لأنها نفقة تجب بوجودها ، وتندفع بإعدامها ، والتي تختص بها المحاكم الشرعية الجزئية .

فإذا كان للصغير مال تحت يد وصية - أو غيره من الحائزين - فإنه يثور التساؤل لتحديد المحكمة المختصة ، هل هي دائرة الولاية على النفس (المحكمة الشرعية الجزئية) ؟ أم إنها دائرة الولاية على المال (المحكمة الحسبية الجزئية) ؟

والرد على هذا التساؤل .

فقد إنقسم قضاء المحاكم الشرعية إلى نظرين :

فقد ذهب رأى (٢) إلى أن المحاكم الشرعية هي المختصة بنظر دعوى الصغير في ماله لعدم وجود مانع يمنعها من ذلك ، يؤكد ذلك أن المادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ جاءت مؤكدة لهذا الإختصاص بنفقة الصغير بجميع أنواعها ، وهذا الإطلاق يشمل النفقة له في ماله أو على غيره ، ويؤمر بأدائها من مال الصغير الذي تحت يد المدعى عليه .

بينما ذهب رأى راجح في المحاكم الشرعية إلى أن منشور الحقانية رقم ٢٣ في ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٧ قد صدر مقرر أن المجالس الحسبية هي القائمة بالنظر في شئون القصر ، فهي أقدر على تعرف أموالهم ، ومقدار ثروتهم ، وما يناسبها من النفقات ، فلها رأت الحقانية إختصاص هذه

(١) شرح فتح القدير على الهداية - للمرغنياني - جزء ٢ - ص ٣٤٤ .

(٢) السنبلونين - جلسة ١٩٥٣/١١/١٧ - المحاماة للشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٤ و ٦٥ - ص ٢٠٢ ، والجمالية للشرعية - جلسة ١٩٤١/٢/٢٢ - المرجع السابق - العدد ٧ و ٨ و ١٠ - ص ١١٢ .

المجالس بتقرير النفقات التي يطلب تقديرها في مال الصغير الموجود تحت يد وصيه (١) ، وهو إختصاص متعلق بالإنظام العام تقتضي به المحكمة من تلقاء نفسها .

وعلى ذلك - وقبل نفاذ قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - قضت محكمة طهطا الشرعية (٢) بأن المحاكم الشرعية لا تختص بنظر

(١) وانظر أيضاً : منشور الحقانية رقم ٢٨٠٢ في ١٩١٧/٨/٣٠ - الدليل المرشد للأستاذ محمد الغريب - ص ٨٢ ، وأسويط الشرعية - جلسة ١٩٤٠/١١/٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ١ و ٢ و ٣ - ص ٧٠ .

(٢) وقد جاء بأسباب هذا الحكم ، بما أن المدعية طلبت الغرض في مال الصغير الذي تحت يد الوصي عليها ، ودفع المدعي عليه الدعوى بعدم الإختصاص النوعي على الوجه الذي شرحه بمذكرته ، وقد أجاب الحاضر معها على ذلك بونه في مذكرته ، وبما أن القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ قد صدر بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وقد نص في المادة الرابعة من مواد إصداره في الفقرة الأخيرة على ما يلي : (وكذلك يلغى ما كان مخالفاً للأحكام المقررة في النصوص المرافقة لهذا القانون) ، وبهت المادة ٩٧٢ منه وما بعدها مسائل الإختصاص ، ونصت هذه المادة على إختصاص المحكمة الجزئية ، وقضت الفقرة الخامسة منها بأن من إختصاصها ، (تقدير نفقة القاصر في ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولي النفس وولي التربية من جانب ، والوصي من جانب آخر فيما يتعلق بالإتفاق على القاصر أو في تربيته أو العناية به) . وبما أنه بمقتضى هذه الفقرة والفقرة المسطورة قبلها ، يكون تقدير النفقة للقاصر في ماله من إختصاص المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية (الحسبية) ، ولم يبق للمحكمة الشرعية إختصاص في ذلك ، وصار ذلك الموضوع كغيره من الموضوعات المدنية والتجارية والجنائية ممنوعاً نظره أمام المحاكم الشرعية وعليها أن تقرّر عدم الإختصاص ولو لم يدفع أمامها بذلك . وبما أن ما طال به الحاضر معها لا طائل تحته ولا غناء فيه ، إذ على فرض شمول المادتين الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لموضوع القضية - وهو مالا تسلم به المحكمة - على فرض ذلك ، فقد قصر هذا الشمول بمقتضى نصوص القانون المشار إليها . وبما أنه لما أوردناه من نصوص قانونية قاطعة لا لما أشار إليه الحاضر مع المدعي عليه في مذكرته يتعين القضاء بقبول الدفع بعدم إختصاص المحكمة بنظر هذه الدعوى (طهطا الشرعية - جلسة ١٩٥٥/٢/١٩ - القضية ١٧٨ سنة ١٩٥٥ جزئي - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٤٦٠ و ٤٦١ ، وقد إنتقض ميعاد الإستئناف ولم يستأنف فصار نهائياً) -

دعوى فرض النفقة للصغيرة فى مالها الذى تحت يد الوصى عليها طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ .

فقد أضاف القانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ (١) إلى قانون المرافعات الملقى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ كتاباً رابعاً (فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية) وأن نصوصه قد إستهدفت لبعض التعديلات بالقوانين أرقام ١١٩ لسنة ١٩٥٢ و ٢٧٦ لسنة ١٩٥٤ و ٥٧ لسنة ١٩٥٩ و ١٠٠ لسنة ١٩٥٢ ، وقد أبقي قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ على أحكام هذا الكتاب الرابع ، عدا الفصل الأول من الكتاب الأول منه (م) من إصداره).

وتختلف الإجراءات الخاصة بالولاية على المال عن الإجراءات الأخرى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية عموماً بقدر ما تختلف طبيعة كل منها عن الأخرى وهو إختلاف يتناول طرق رفع الطلب إلى المحكمة وإختصاصها بنظره ومدى سلطتها فى الفصل فيه وطبيعة هذا الفصل وطريق الطعن فيه ومواعيد وطرق التنفيذ والتحفظ والإجراءات الواجب إتباعها للإحتجاج بالقرارات فى حق الغير ، ذلك أن حماية أموال القاصر والفائت ومن يقوم به سبب من أسباب زوال الأهلية هو أمر يهم المجتمع كفالاته والإشراف عليه مما يجب أن يكون له أثره فى الإجراءات الخاصة بهذه الحماية .

والذى نراه أنه بعد توحيد جهات القضاء بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يظهر أن الإختصاص بنفقة الصغير فى ماله يمر بمرحلتين .

المرحلة الأولى - هى مرحلة تقدير نفقة الصغير فى ماله طبقاً لحالة هذا المال والحائز له وإمكان التنفيذ على غلته ، وهذه المرحلة تختص بها الولاية على المال طبقاً لمواد قانون المرافعات وقانون الولاية على المال .

سوفضى بأن المقرر شرعاً بأن نفقة الصغير تكون فى ماله الحاضر ، والمراد بهذا المال ما تكون ملكيته ليست محل نزاع بأن يكون تحت يد أمين عنه ، حتى يمكن تقدير النفقة عليه ، أما المال المنصوب لملكيته له محل نزاع يصح ألا يثبت ، وفرض النفقة فيه إقرار لليد المبطله التى يجب إزالتها أولاً بنزع مال الصغير من يد غاصبه (الجمالية الشرعية) - جلسة ١٢/٣١/١٩٣٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٩ - ص ٦٣٧ .

(١) نشر بالوقائع المصرية - فى ٢٢/٨/١٩٥١ - العدد ٧٢ .

والمرحلة الثانية - هي مرحلة الأمر بأداء هذه النفقة التي قدرتها جهة الولاية على المال - وهي جهة الولاية على النفس (الشرعية) ، بحيث يلجأ صاحب اليد على الصغير إلى تلك الجهة لتقضى له بحكم على من بيده مال الصغير بأمره بأداء تلك النفقة ، بحيث لا يقبل عندئذ من المدعى عليه المجادلة في الغرض ولا في التقدير ، وهذا القضاء وحده هو الذي يعد سنداً يمكن التنفيذ بمقتضاه بمختلف وجوه التنفيذ ومنها طلب حبسه خاصة إذا ما كان ما تصدره جهة الولاية على المال لا يعدو قراراً لا يرقى إلى مرتبة الحكم ، وليست له بحسب طبيعته هذه قوة السند التنفيذي^(١) .

ولقد نصت المادة ٩٧٢ من قانون المرافعات المملو (والسارية المفعول) بأن محكمة المواد الجزئية للولاية على المال (الحسبية) تختص بتقدير نفقة القاصر في ماله ، ويكون قرارها - وفقاً للمادة ٩٧٤ منه - في مسائل النفقة إنتهائياً إذا كان المبلغ المطلوب أو المقدّر من المحكمة في حالة عدم تقديره من الطلب لا يزيد على ستين جنيفاً سنوياً .

في الأصول الشرعية لا يعتبر الزوج موسراً بيسار أبيه :

١٣٣ - دعوى نفقة زوجية وصغير ...

وبالجلسة قرر وكيلها أن المدعى عليه يعيش مع والده الذي يملك مقهى ومنزليين ، وأنكر المدعى عليه ذلك مقرر أن موكله لا يملك سوى مرتبه ، وإن إستبقى بالجيش ، ويعيش وحده ...

وبجلسة ١٩٧٤/١١/١٦ حكمت المحكمة حضورياً بالنفقة للمدعية على المدعى عليه من ١٩٧٢/٨/١ وللولد من يوم الحكم وإلزامه بالمصاريف^(٢) .

(١) قارب ، السيدة زينب الشرعية جلسة - ١٩٤١/١٠/١٧ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ٤ و ٥ و ٦ - ص ٦٥ ، ومصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٥/١/٣١ - المحاماة الشرعية - ٢٥٥ - ص ٩٤١ .

(٢) الدلنجات - جلسة ١٩٧٤/١١/١٦ - القضية ٦١ سنة ١٩٢٤ أحوال نفس ، والقضايا ٧٧ سنة ١٩٧٤ و ١٣٠ سنة ١٩٧٤ أحوال الدلنجات و ٣٤٩ سنة ١٩٢٤ أحوال كوم حمادة .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الزوجة إنما تقدر حسب حال زوجها يسراً وعسراً ، وكان الزوج لا يعتبر موسراً بيسار أبيه إعمالاً لأرجح الأقوال في الفقه الحنفي - لما كان ذلك فإن الحكم إذا اعتد في يسار الزوج المدعى عليه بيسار أبيه وفرض النفقة بهذا الأساس ، فإنه يكون قد أقام قضاءه في مقدار النفقة على أساس قانوني خاطيء .

أثر العرف على إستحقاق الزوجة المقيمة ببית أبيها نفقة زوجية :

١٣٤- دعوى نفقة زوجية ...

اقتمتها المدعية طلباً للحكم على زوجها المدعى عليه بنفقتها بأنواعها الثلاثة وبديل الفرش والغطاء من ١٩٧٢/١١/١٠ وأمره بالأداء إليها وإلزامه بالمصاريف والأتعاب ...

وبجلسة ١٩٧٥/١/٢٩ حكمت المحكمة غيابياً للمدعية على زوجها المدعى عليه بأن يؤدي إليها شهرياً من ١٩٧٢/٢/١١ مبلغ ٢٥٠ قرشاً نفقتها بأنواعها الثلاثة وبديل فرشها وغطائها ، وأمرته بأداء ذلك إليها وألزمت بالمصاريف (١) ...

ويؤخذ على هذا الحكم مخالفته للقانون بقضائه في الدعوى بون دليل، ذلك أنه إتخذ العرف دليلاً لإثبات إستحقاق المدعية للنفقة على زوجها المدعى عليه ، حالة أن العرف ليس من الأدلة التي يقضى بها ، وإنما هو من مصادر الأحكام ، والأمر في هذه الدعوى مرجعه قول الزوج لأن الظاهر شاهد له ، بإعتبار أن الأصل براءة الذمة ، والبيتة على الزوجة لأنها تدعى خلاف الظاهر (المبسوط - للسرخسي - جزء ٦ - ص ١٨٥ ، وجزء ١٢ - ص ٤٥ ، وجزء ١٣ - ص ١٤ ، والبحر الرائق - لابن نجم ، وشرح كنز الدقائق - جزء ٥ - ص ٢٠٤ ، وجزء ٧ - ص ٢٤٨ ، والدر المختار للمصنف وحاشيته ورد المختار - لابن عابدين - جزء ٢ - ص ١٠٩) .

دعوى بطلب نفقة صغيرين بورقة .. مع إلزامه بأداء أجر حضنة

(١) دكرنس - جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ - القضية ٧٣٦ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس .

وأجر مسكن حضانة من يوم الحكم وأمره بالأداء إليها في مواعيده وإنزها بالإستدانة عليه عند الحاجة مع المصاريف والأتعاب .. ثم تنازلت المدعية مؤقتاً عن أجرى الحضانة ومسكن الحضانة .

وبجلسة ١٩٧٥/١/٢١ حكمت المحكمة غيابياً بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية ما فرضه على نفسه لولديها وقدره ستة جنيهاً شهرياً ... وأمره بالأداء إليها في مواعيده والزمته بالمصاريف ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم خطؤه في تطبيق القانون برفضه طلب المدعية إنزها بالإستدانة على المدعى عليه عند الحاجة على سند من القول أن نفقة الصغير كنفقة الزوجة لا تسقط بمضى المدة بعد الفرض ، ذلك أن عدم سقوط النفقة بعد الفرض ليس مبرراً في القانون لعدم الأمر بالإستدانة ويجوز قانوناً في نفقة الزوجة الإذن بالإستدانة للزوجة لأن أمر القاضى يجعل إستدانتها بالنيابة عن الزوج حكماً .

دعوى نفقة زوجية وصغير ...

قضت المحكمة غيابياً بجلسة ١٩٧٥/١/٢٨ بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبيت المدعية بكافة طرق الإثبات القانونية أنها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى وبخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ولا زالت على عصمته وطاعته (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان المقرر أن السبب في وجوب النفقة هو العقد الصحيح بشرط وجود الإحتباس أو الإستعداد له ، فإن الدخول لا يعتبر شرطاً لإستحقاق النفقة . وإذا قضى الحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبيت المدعية بدخول المدعى عليه بها ومعاشرته لها معاشرة الأزواج كشرط لإستحقاق النفقة ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(١) الزيتون الشرعية - جلسة ١٩٧٥/١/٢١ - القضية رقم ٢١٢ سنة ١٩٧٤ شرعى.

(٢) الزيتون الشرعية - جلسة ١٩٧٥/١/٢٨ - القضية ١٣٦٨ سنة ١٩٧٤ شرعى ،
والقضايا ، ١٥١٤ سنة ١٩٧٤ و ١٤٤٠ سنة ١٩٧٤ و ١٣٨ سنة ١٩٧٤ و ٤٨٠ سنة ١٩٧٤ شرعى الزيتون .

حكم نفقة الزوجة المصرية على الزوج الليبي (الأجنبي):

١٣٥- دعوى نفقة زوجية وصغير مقامة من زوجة مصرية على زوج

ليبي .

قررت المحكمة أن النزاع ذو عنصر أجنبي مما يتعين معه معرفة القانون الواجب التطبيق ، وبالنسبة لنفقة المدعية فالأصل - طبقاً للمادة ١٣ من القانون المدني أن يسرى قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال ، ومنه حق الزوجة في النفقة ، إلا أنه متى كانت الزوجة مصرية وقت إنعقاد عقد الزواج فإن القانون المصري هو الواجب للتطبيق عملاً بالمادة ١٤ من القانون المدني بالنسبة لنفقة الزوجة ويتعين بالتالي تطبيق المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تقضى بأعمال الراجع من مذهب أبي حنيفة فيما لم يتناوله المشرع المصري بالتقنين .

كما قررت المحكمة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها جزاء الإحتباس وتعتبر ديناً من تاريخ الإمتناع لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (م) ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠) وتقدر حسب حال الزوج يسراً وعسراً (م) ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩) ثم قضت بنفقة الزوجة المدعية على زوجها المدعى عليه .

أما بالنسبة لنفقة الصغيرة فهي نفقة اقارب يسرى على الإلتزام بها قانون المدين بها عملاً بالمادة ١٥ من القانون المدني ، وإذا كان القانون الأجنبي التطبيق يعتبر واقعة مالية لا يفترض علم القاضى بها ، ويتعين على من يتمسك به إثباتها فقد قررت المحكمة تكليف المدعية بتقديم صورة رسمية من القانون الليبي بشأن نفقة الأقارب (١) .

دعوى بطلب نفقة زوجية وصغار ...

أقيمت من المدعية بصحيفة قدمت لقلم كتاب المحكمة في ١٨/٥/١٩٧٤ وبجلسة ٩/١٠/١٩٧٤ ذكرت المدعية في مواجهة المدعى

(١) المنشية الجزئية بالأسكنورية القضية رقم ٤ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس للمسلمين غير المصريين .

عليه أن طلقها في ٢٩/٥/١٩٧٤ وعملت طلباتها بالنسبة لنفقتها إلى أن تكون من تاريخ رفع الدعوى ، وقد صادقها المدعى عليه على ذلك ، وفوضا الرأي للمحكمة في التقدير .

وبجلسة ١٢/٢/١٩٧٥ حكمت المحكمة حضورياً إعتباراً بالزام المدعى عليه بأن يؤدي إلى المدعية في كل شهر من يوم ٣٠/٥/١٩٧٤ مبلغ ٢٤٠ قرشاً لنفقة عدتها بأنواعها اثنتاثة إلى إنتضاء عدتها منه و .(١).

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الثابت من الواقع في الدعوى أن المدعية إستقرت في طلباتها بالنسبة لنفقتها إلى فرضها على المدعى عليه من تاريخ رفع الدعوى في ١٨/٥/١٩٨٤ على أن تكون نفقة عدة من تاريخ الطلاق الحاصل في ٢٩/٥/١٩٧٤ وقد سلم المدعى عليه بهذه الطلبات في شأن بدء إستحقاق الفرض ، وكان الحكم قد قضى بنفقة عدة للمدعية من ٣٠/٥/١٩٧٤ فحسب ، فإنه يكون قد أخطأ في القانون .

نفقة زوجية وصغيرة .

حضر المدعى عليه بالجلسة وصادق على الدعوى .. وشرح حالته المالية والإجتماعية .

فوض الطرفان الرأي للمحكمة في التقدير .

بحث الحكم الأسس الشرعي والقانوني لفرض نفقة الزوجية والصغيرة .. مقرر أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعاً من تاريخ الإمتناع جزاء الإحتباس ، وتعتبر ديناً في نمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء عملاً بالمادة ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وتجب حسب حالة الزوج يسراً وعسراً عملاً بالمادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، كما أن نفقة الصغير على والده شرعاً الجزئية بقدر كفايته ويقدر ما تسمح به الحالة المالية لوالده المدعى عليه .

طبق الحكم هذه القواعد على واقعة الدعوى تطبيقاً صحيحاً ، ويعد أن

(١) طهطا - جلسة ١٢/٢/١٩٧٥ - القضية رقم ٢٨٣ سنة ١٩٧٨ لحوال نفس ، ٦٨٠ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس .

إستظهر حال المدعى عليه من المناقشة والمصانقة ، بمضى - سيدنا -
يفرض النفقة (١) .

نفقة عدة أيسة ...

قالت المدعية بالجلسة إن سنها ٦٥ سنة ، وقد إنقطع عنها دم الحيض
منذ ١٥ سنة ولم تره للآن ، وإن عدتها بالأشهر - ثم طلبت الحكم بفرض
نفقة عدة لها بأنواعها الثلاثة ويدل فرشها وغطائها من أول أكتوبر سنة
١٩٧٤ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٧٤ وأمره بالأداء والزمه بالمصاريف ...

بحث الحكم الأصول الشرعية في إستحقاق الأيسة نفقة عدة ، مقرر
أنه متى إنقطع دم الحيض ، فإنه يفرض نفقة عدة من تاريخ الطلاق ولمدة
ثلاثة أشهر فقط ، عملاً بقوله سبحانه وتعالى : « واللاتى يؤسن من
المحيض من نسائكم وإن أرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » (٢) .

١٣٦ - الأصول القضائية الحديثة في النفقات :

(١) ومن حيث أن سابقة الزوجية بينهما ثابتة بوثيقة الزواج وإشهاد
الطلاق المقدم ، ونفقة المدعية على مطلقها واجبة شرعاً ، والطلاق قرينة
الإمتناع على الإنفاق ، وترى المحكمة لذلك وتأسيساً على ما سبق ، ويعد
أن تعرفت حالة المدعى عليه المالية والاجتماعية من التحرى الوارد
والمرافعة المدونة الحكم الآتى (٣) .

(٢) وحيث أن الحكم المستأنف فيما قضى به من تقرير نفقة للزوجة
وتحديد هذه النفقة بمبلغ ستة جنيهاً في محله للأسباب التى بنى عليها
والتي تأخذ بها هذه المحكمة وتجعلها أسباباً لقضاؤها وتضيف إليها رداً
على ما أثاره كل من الخصمين في إستئنافه أن المحكمة تطمنن في هذا
الصدد إلى أقوال شاهدى الزوجة والثابت منها أن الزوج قد أساء معاملة

(١) القضية ٣٨ سنة ١٩٧٠ أحوال نفس جزئى بندر شبين الكوم .

(٢) شبرا الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٣/٢٩ - القضية رقم ٧٥٢ سنة ١٩٧٤ أحوال
جزئى .

(٣) القضية ٤٣٣ سنة ١٩٧٥ شرعى مركز الزقازيق .

زوجته وأنه هو الذى طردها من منزل الزوجية مما إضطرها إلى تركه والإقامة فى غيره ، وفى هذه الحالة لا تكون للزوجة خارجة عن طاعته ونشورها لم يثبت ، فلا حق للزوج فى هذه الحالة فى طلب إسقاط نفقتها ، وإن النفقة المحكوم بها مناسبة ، ولا يوجد فى الأوراق ما يبرر زيادة المحكوم به ، خاصة وأنه لم يثبت أن للزوج موارد أخرى غير مرتبه من عمله (١) .

(٢) ومن حيث أنه بالنسبة إلى إستئناف الحكم فى شقه الخاص بنفقة الولد (السيد) الذى قدرتها محكمة أول درجة بمبلغ مائتى قرشاً لإصلاح شأن وكسوة وبذل فرش وغطاء ذلك الولد ، فإنه لما كان المقرر بنص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية أن الحكم بنفقة الصغير بجميع أنواعها يكون نهائياً إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرشاً فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين ، وكل ذلك بشرط أن لا يزيد مجموع ما يحكم به أو يطلب الحكم به على ثلاثمائة قرشاً فى الشهر - لما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة صحيفة الدعوى المستأنف حكمها أن طلب نفقة الصغير (السيد) غير معين المقدار ، وأن الهادى من الحكم المستأنف أنه قضى بفرض نفقة للولد ، وكان مؤدى ذلك أن مقدار النفقة المحكوم بها للصغير أقل من مائتى قرش لإصلاح شأن وكسوة وبذل فرش وغطاء لنفقتها مائة قرش فى كل نوع ، وأنها بهذه المثابة مما تختص المحكمة الشرعية الجزئية بالحكم النهائى به ، ومن ثم كان الإستئناف - فيما يختص بنفقة الولد غير جائز لقلة النصاب ، والمحكمة تقضى بذلك من تلقاء نفسها ، لأن القواعد المتعلقة بمنع الطعن بالإستئناف فى الأحكام لدخول الدعوى الملتصق صدور الحكم فيها فى حدود النصاب الإنتهاى لمحكمة الدرجة الأولى بالنظام العام ، ولأن الإعتبارات التى تبرر قصر القاضى فى بعض الدعاوى على درجة واحدة هى إعتبارات تتعلق بحسن سير القضاء وتعجيل الفصل فيها بحكم إنتهاى فتستقر الحقوق لدى أصحابها (المرافعات المدنية والتجارية - للدكتور أحمد

(١) الجيزة الابتدائية - جلسة ٢٧/٢/ ١٩٧٤ - الإستئناف ٥٧٠ و ٥٨٢ سنة ١٩٧٣
أحوال مستأنف .

أبو الوفا طبعة ٧ - ١٩٨٧) ، ومن ثم يتعين القضاء بعدم جواز الاستئناف لقلة النصاب بالنسبة لنفقة الصغير (السيد) .

ومن حيث أنه بالنسبة لنفقة العدة فإن الاستئناف قد جاز الأوضاع الشكلية المقررة في القانون ، ومن ثم فهو مقبول شكلاً .

ومن حيث أنه بالنسبة لموضوع هذا الشق فإن المقرر شرعاً وقانوناً أن نفقة الزوجة والمعتدة على الزوج والمطلق شرعاً لأنها جراء الإحتباس الحقيقي أو الحكمي ، وتحتسب من تاريخ الترك لأنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وتقدر بحسب حال الزوج والمطلق (سراً وعسراً) ، وللزوجة المطلقة رجعيّاً - أو بائناً نفقة بجميع أنواعها على زوجها مادامت في عدتها منه لأن الزواج لا يزال قائماً من بعض الوجوه ، ولأن حق إحتباسها في العدة من أجله ثابت له شرعاً وهذا هو سبب وجوب النفقة (الأحوال الشخصية - قسم الزواج - للشيخ محمد أبو زهرة - طبعة ١ - ص ٢٢٩ وما بعدها ، والشرعية الإسلامية للشيخ عبد الرحمن تاج - طبعة ١ - ص ٢١٧ وما بعدها ، وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور محمد يوسف موسى - طبعة ١ - ص ٢٢٩ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للشيخ محمد زكريا البرديسي - طبعة ١ - ص ٥٣١ وما بعدها) .

ومن حيث أنه لما كان ذلك وكان المفروض لنفقة عدة المستأنف عليها مناسب لحالة المستأنف (١) .

(٤) ومن حيث أن من المقرر شرعاً وقانوناً أن نفقة الصغار الفقراء على أبيهم لا يشاركه فيها أحد للجزئية والبعضية ، لأن في الإنفاق على الصغير المحتاج إحياء له ، وعلى الإنسان إحياء نفسه وبعضه ، وهي نفقة حاجة تجب بوجودها وتنتفي بإنتفائها ، ونفقة الصغير - على ما يظهر من نص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تشمل أجرة الحضنة وأجرة الإرضاع (المذكورة الإيضاحية لذلك القانون) ، ولما

(١) بمطابق الإبتنائية - جلسة ١٩٧٦/١٢/٢٥ - الدائرة الأولى - الإستئناف رقم ٢١٠ سنة ١٩٧٥ أحوال ، وجلسة ١٩٧٦/١٢/٢٥ - الإستئناف رقم ٢٨ سنة ١٩٧٩ أحوال ، وجلسة ١٩٧٧/١/٢٩ - الإستئناف رقم ١٦٧ سنة ١٩٧٦ أحوال .

كانت نفقة الصغير نفقة حاجة ويقدر الكفاية ، فإنها تزداد بزيادتها وتقدر بحسب يسار الأب وكبر السن ، وإرتفاع الأسعار من موجبات الزيادة ، لأنها تقضى الحاجة ، فسبب وجوب نفقة الأولاد إذن هو الجزئية المستفادة من كون الفروع مولودين للأصول ، وذلك لقول الله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أوجب على الأب رزق الوالدات أي نفقتهن ، وعبر عن الأب بالمولود له وتنبيهه إلى علة الإيجاب على الأب هي الولادة له (شرح فتح القدير - لدير غنائى - جزء ٢ - ص ٢٤٤ ، وحقوق الأولاد والأقارب - للشيخ محمد الحسينى حنفى - طبعة ١٩٦٦ - المعدلة - ص ٢٦٦ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - طبعة ١٩٦٧ - ص ٣٧٤ وما بعدها) ، وأن القصد من طلب الزيادة هو إعادة النظر فى تقدير النفقة لطروء سبب يقتضيها ، فلا يصح النظر إلى حكم الزيادة مستقلاً عن المقدار السابق ، بل ينظر إليهما معاً (المذكرة الإيضاحية للقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١) ، كما أن من المقرر سريعاً أن المفروض وبالتراضى كالمفروض بقضاء القاضى ، فإذا أقر الأب على نفسه بنفقة لطفله ، فطلبت الحاضنة أمره بأداء هذا المفروض ، ومانع الأب فى أمره لأنه لا يطيقه أو بأنه فوق الكفاية مما لا يدخل تحت التقدير ، بحث القاضى حالته ، فإن كان المفروض أزيد من نفقة الكفاية زيادة غير يسيرة أمره بأداء ما يكفى ورفض الزيادة ، كما أن لها أن يطلب أيضاً زيادة المفروض فيجيبها القاضى إلى ما يكفى إن كان المفروض أنقص من نفقة الكفاية نقصاً غير يسير .

ومن حيث أنه بإنزال المبادئ للمتقدمة على واقعة التداعى المائل يظهر أن الزيادة المقضى بها من محكمة أول درجة وكذا أجر الحضنة لا يتناسب مع اليسار الكبير الذى يتمتع به الأب (المستأنف عليه) والذى قدمت المستأنفة الأدلة المكتوبة عليه، والتي لم يجادل المستأنف عليه فى دلالتها على يساره ، ومن ثم يتعين القضاء فى موضوع الإستئناف بتعديل الحكم المستأنف بالنسبة لمقدار الزيادة وأجر الحضنة إلى الحد المبين بالمنطوق وتأييده فيما خلا ذلك لصحته ولصحة الأسباب السائفة التى قام

عليها والتي تأخذ بها هذه المحكمة أسباباً مكمله (١) .

(٥) ومن حيث أنه بالنسبة لأجر الإرضاع ، فقد جاء بجاشية ابن عابدين نقلاً عن البحر إن مدة الرضاع في حق الأجرة حولان عند الكل ، حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعاً ، وتستحق فيهما إجماعاً (حاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٩٣١) ، قال تعالى . وهو أصدق القائلين : «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» ، ويقول ابن قدامة : إن الأم إذا انقطعت علاقتها الزوجية لا تجبر على الإرضاع ، لأن الإرضاع من النفقة الواردة شرعاً على أب الصغير ، إلا إذا كانت متعينة له ، بأن كان لا يلزم إلا ثديها ، أو لم يكن لأب الصغير ولا للصغير مال ، فعندئذ تجبر على إرضاعه دفعاً للهلاك عنه ، في مقام الضرورات التي تبيح المحظورات (المفنى - لابن قدامة - جزء ٩ - ص ٢١٢) إذ كان ذلك ، وكانت محكمة أول درجة قد قدرت للصغير (ايمناً) أجر إرضاع مبلغ ١٠٠ قرش شهرياً وهو أجر موقوف بطبيعته حتى يتم الرضاعة لحولين كاملين فهو تقدير مناسب صوناً للصغير ودفعاً للهلاك عنه ، ومن ثم يتعين رفض الاستئناف بالنسبة لهذا الأجر .

ومن حيث أنه بالنسبة لأجر المسكن فإن المقرر في الأصول الشرعية أن أجر المسكن من نفقة الصغير ، وقد ثار في الفقه والقضاء الشرعي خلاف حول مدى استحقاق الحاضنة لأجر المسكن إذا كان لها منزل تسكن فيه والصغير معها ، فذهب رأى إلى أنها لا تستحق على والد الصغير أجر مسكن متى كانت تملك منزلاً بينما ذهب رأى آخر إلى التفرقة بين ما إذا كانت تملك مسكناً وتسكن بالفعل فيه مع الصغير ، ففي هذه الحالة لا تستحق أية نفقة ، وبين ما إذا كانت تملك منزلاً وتسكن فيه أو كانت تسكن بالصغير مع زوج آخر هو أجنبي عن الصغير أو مع والدها ، ففي هذه الحالة تستحق أجر مسكن ، لأن سكنى الصغير غير واجبة على زوجها الأجنبي عنه في الحالة الأولى ، ولأن سكنها غير واجبة على أبيها في الحالة

(١) مباحث الابتدائية - الدائرة الأولى جلسة ١٩٧٧/١/١٥ - الاستئناف رقم ٢٤ سنة ١٩٧٥ لحوال نفس .

الثانية ، وذهب رأى ثالث إلى أن الحاضنة غير ملزمة بسكنى الصغير معها وإنما تجب السكنى على الملتزم شرعاً بنفقته (يراجع فى هذا الخلاف : البر المختار وحاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٨٧٧ ، ومواهب الجليل والتاج والإكليل - للعلامة أبى عبد الله الفرناطى - جزء ٤ - ص ٢٢١ ، وحقوق الأولاد والأقارب - للأستاذ محمد الحسينى حنفى - طبعة ٤ - ١٩٦٧ - ص ٣٠٠ والأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - طبعة ١٩٦١ وطبعة ١٩٧٦ - ص ٢٨٢) - لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة قد قدرت مبلغ مائة قرش لأجر مسكن الحضنة وكان المستأنف ينمى على هذا التقدير بالقول بأنه مبالغ فيه ، خاصة وأن المستأنف عليها تسكن بالصغير فى منزل أبيها ، وكانت السكنى مع أبيها لا تعفى المستأنف فى نظر هذه المحكمة من فرض أجر مسكن حضنة ...

(٦) طلبت المدعية الحكم على زوجها المدعى عليه بنفقة بأنواعها من ١٩٧٢/١/١ ومن يوم الحكم بنفقة بنوعيهما لينتھما وأمره بالأداء مع إلزامه بالمصاريف ، وفى غياب زوجها قدمت وثيقة زواجهما وأحضرت صغير يدها ، وإكتفت المدعية بالإثبات المقدم وطلبت أن يكون مبدأ القرض لها من ١٩٧٣/١/١ وللبنت من يوم الحكم والتزمت بمصاريف الدعوى .

وبجلسة ١٩٧٤/١١/١٨ حكمت المحكمة غيابياً على المدعى عليه بأن يؤدى للمدعية فى كل شهر من ١٩٧٢/١/١ مبلغ ٣١٠ قرشاً لتنفقها بأنواعها الثلاثة ومن تاريخ الحكم بمبلغ ١٠٠ قرشاً نفقة البنت بنوعيهما والتزمت المدعية بالمصاريف .

ويؤخذ على هذا الحكم ما يلى :

(١) أنه لما كانت المادة ٢/٨٢ منافع لا تجيز للمدعى أن يبدى فى الجلسة التى تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعمل أو يزيد أو يتنص فى الطلبات الأولى ، وكانت المدعية قد أنقصت من الطلبات المعلنة إلى خصمها فى غيابه حيث قصرت بدء طلبات نفقتها من ١٩٧٣/١/١ بدلاً من ١٩٧٢/١/١ ، فإن الحكم إنا إعتد بالطلبات المعلنة بالجلسة التى لم يعلن بها الخصم - وقضى فى الدعوى على أساسها ، فإنه يكون مشوباً بمخالفة القانون .

(ب) أنه لما كانت قواعد الإثبات بذات الدليل - كبيان شروطه الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني - محكمة بالقواعد المقررة في فقه المذهب الحنفي بالأعمال للمواد ٦٥ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ، وكانت قواعد هذا الفقه تقضى بأنه إذا شهد الشهود بأكثر من الدعوى لم تقبل شهادتهم ، بمعنى أنها لا تصلح دليلاً في الدعوى ، لأن المدعى يعتبر مكذباً لهم فيما شهدوا به فتكون شهادتهم باطلة وإذا أشهدوا بأقل من الدعوى فإن وافقهم المدعى وعدل عما لم يشهدوا به قبلت شهادتهم وإعتبرت دليلاً صحيحاً فيما وافقهم عليه ، ويقضى له به ، أما إذا بقى مصرّاً على دعواه بأكثر مما شهدوا به فلا يقضى له بشيء أيضاً لأنه يعتبر مكذباً لهم في الإدعاء بالأكثر - مما شهدوا به فلا تقضى له بشيء أيضاً لأنه يعتبر مكذباً لهم في الإدعاء بالأكثر - إذا كان ذلك وكان شاهداً الدعوى فضلاً عن تصريحهما بأنهما لا يعرفان تاريخ الإمتناع عن الإنفاق قد شهدوا بأكثر مما جاء بالدعوى ، فإن شهادتهما تكون مردودة وغير صحيحة فلا تصلح دليلاً منتجاً في الدعوى وإذا أخذ بها الحكم وقضى في الدعوى على أساسها ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه (نقض - مدني - الطعن ٤٨ لسنة ٢٢ق - أحوال شخصية - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٤-ص ٣٢ ، ونقض - الطعن ٢١ لسنة ٢٨ق - أحوال شخصية - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ١٢٧٧) (١) .

(١) إيتاي البارود - جلسة ١٨/١١/١٩٧٤ - القضية ٢٥٥ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي ، وكوم حمادة - جلسة ٢٥/١١/١٩٧٤ - القضية ١٢٨ - سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي ، ورأس البر - جلسة ١٨/١١/١٩٧٤ - القضية ٤١ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي ، ورأس البر - ٢٠/١٢/١٩٧٤ - القضية ٣٠ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي ، والفشن - جلسة ٢١/١/١٩٧٥ - القضية ٥٤٧ سنة ١٩٧١ أحوال جزئي ، والفشن - جلسة ٢٨/١١/١٩٧٥ - القضايا أرقام ٤٦٤ سنة ١٩٧٤ و ٥٠٣ سنة ١٩٧٤ و ٥٢ سنة ١٩٧٤ و ٩٢ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئي ، وميت غمر - جلسة ٢/٣/١٩٧٥ - القضية ١١٥ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي ، والقضيتان ١٧٢ سنة ١٩٧٥ و ٢٤٦ سنة ١٩٧٢ أحوال جزئي ميت غمر ، ومركز دمياط - جلسة ٢٥/١٠/١٩٢٥ - القضية ١١٢ سنة ١٩٧٥ - أحوال جزئي ، وجلسة ٢١/١٠/١٩٧٥ - القضية ٧٠ -

(٧) طالبت المدعية بنفقتها من زوجها المدعى عليه من نوفمبر ١٩٧٣ ومن يوم الحكم بنفقة لطفليها مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب،

سنة ١٩٧٥، احوال جزئي ، وجلسة ١١/١٨/١٩٧٥ - القضية ١٥٧ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي ، وجلسة ١١/١٦/١٩٧٥ - القضية ١٦٢ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي فارسكور، وجلسة ١٠/٢٦/١٩٧٥ - القضية ٢٠٢ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي فارسكور ، وجلسة ١١/٢٠/١٩٧٥ - القضية ٢٣١ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي فارسكور ، وجلسة ١٠/٢٦/١٩٧٥ - القضية ٢٥٨ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي فارسكور، وجلسة ١١/١٦/١٩٧٥ - القضية ٥ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي فارسكور، وتلا - جلسة ١٢/٤/١٩٧٥ - القضية ٣٥٨ سنة ١٩٧٥ احوال تلا ، وجلسة ١١/٢٧/١٩٧٥ - القضية ٤٢٠ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١١/٢٧/١٩٧٥ - القضية رقم ٣٦٥ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١٢/٢٨/١٩٧٥ - القضية رقم ١٤١ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي بندر شبين الكوم ، وجلسة ١١/٢٥/١٩٧٥ - القضية رقم ٣٠٥ سنة ١٩٧٥ - القضية رقم ٣٠٧ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي بندر شبين الكوم ، وجلسة ١٢/١٧/١٩٧٥ - القضية ٤١٠ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي الشهباء وجلسة ١١/١٢/١٩٧٥ - القضية ٥٥ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١١/١٢/١٩٧٥ - القضية ٣١٤ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١١/١٣/١٩٧٥ - القضية ٣٩٣ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١١/١٣/١٩٧٥ - القضية ١١ ، سنة ١٩٧٥ ، احوال جزئي تلا ، وجلسة ١١/٢٧/١٩٧٥ ، والقضية ٢٤٦ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١٢/١٨/١٩٧٥ والقضية ١٣٣ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١٢/٤/١٩٧٥ - ، القضية ٤٠ ، سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١١/٢٠/١٩٧٥ ، والقضية ٢٨٧ سنة ١٩٧٥ احوال جزئي تلا ، وجلسة ١١/١٨/١٩٧٥ ، القضية ١٧٠ سنة ١٩٧٥ احوال بندر شبين الكوم ، وجلسة ١/١/١٩٥١ - القضية ٣٠٩ سنة ١٩٧٤ احوال مركز الزقازيق ، وجلسة ٣/١٠/١٩٧٥ ، القضية ٢٦٥ سنة ١٩٧٣ احوال أبو قرقاص ، وجلسة ٣/٢٨/١٩٧٥ ، والقضية ٢٧٠ سنة ١٩٧٢ احوال بولاق ، والقضية رقم ٤٤ سنة ١٩٧٣ احوال جزئي بولاق ، وقلوب - جلسة ٢/٢٣/١٩٧٤ - القضية ٤٧٩ سنة ١٩٧٤ احوال جزئي ، والقضايا : ٣٥٨ سنة ١٩٧٢ و ٢٢٣ و ٢٨٢ و ٢٧٩ سنة ١٩٧٣ و ٥٨ و ٥٩ سنة ١٩٧٤ احوال جزئي قلوب ، والخليفة - جلسة ١٠/٢٩/١٩٧٤ - القضية ٤٧٢ سنة ١٩٧٤ احوال جزئي و ٢ سنة ١٩٧٤ احوال رأس الهر و ١٢٤ سنة ١٩٧٤ احوال فارسكور و ١٢٦ سنة ١٩٧٤ احوال مركز دمياط و ٧٧٠ سنة ١٩٧٢ احوال نفس جزئي ، بولاق ، و ١١٥٠ سنة ١٩٧٤ و ١٧٧ سنة ١٩٧٥ ، ٣٤٦ سنة ١٩٧٣ احوال نفس ميت غمر و ٤٧٥ سنة ١٩٧١ و ٤٦٤ و ٥٣٣ سنة ١٩٧٤ و ٩٢ سنة ١٩٧٥ احوال القشن و ٤٧٩ و ٩٨ و ٥٨ سنة ١٩٧٤ و ٣٥٨ و ٣٣٣ و ٣٨٢ و ٤٧٩ سنة ١٩٧٣ احوال نفس قلوب .

ويجلسة ١٩٧٤/٩/٢١ حضر المدعى عليه وأقر بالزوجية وبأنها في عصمته ، وأقر بأنه متزوج بأخرى وإن مرتبه عشرة جنيهات ثم لم يحضر بعد ذلك .. ويجلسة ١٩٧٤/١١/١١ حكمت المحكمة معتبراً حضوراً للمدعية على المدعى عليه بمبلغ مائتى قرشاً لنفقتها في كل شهر من أول نوفمبر سنة ١٩٧٣ ومن تاريخ الحكم بنفقة الولدين ..

ويؤخذ على هذا الحكم :-

أنه لما كان لا ينسب لساكت قول وكان المدعى عليه إذ حضر بجلسة ١٩٧٤/٩/٢١ لم يقر إلا بالزواج بالمدعية وببقائها على عصمته ويقدر مرتبه ، فإن الحكم إذ اعتبر سكوته عن باقى الوقائع اعتبر إقراراً بها فإنه يكون مشوباً بالفساد فى الاستدلال (١) .

(٨) طلبت المدعية الحكم بنفقتها من أول أغسطس سنة ١٩٧٣ على زوجها المدعى عليه ومن يوم الحكم نفقة لطفلها وأمرم بالأداء إليها وحضر وكيل المدعى عليه وأقر بالزوجية وبإستحقاق المدعية للنفقة من ذلك التاريخ والولد من يوم الحكم ، وأضاف وكيلها أن المدعى عليه يعيش مع والده الذى يملك مقهى ومنزليين بالدلتنجات ، وإنكر عليه هذا وكيل المدعى عليه ، وقال أن موكله لا مورد له سوى مرتبه حيث إستبقى بالجيش ويعيش وحده وإن كان والده يملك مقهى ... ويجلسة ١٩٧٣/٦/١٦ حكمت المحكمة حضوراً بالنفقة للمدعية على المدعى عليه من وللولد من يوم الحكم والزمتها بالمصاريف بالتزامها .

ويؤخذ على هذا الحكم .

أنه لما كانت نفقة الزوجة إنما تقدر حسب حال زوجها يسراً وعسراً ، وكان الزوج لا يعتبر موسراً بيسار أبيه إعمالاً لأرجح الأقوال فى الفقه الحنفى - لما كان ذلك فإن الحكم إذ اعتد فى يسار الزوج المدعى عليه بيسار أبيه ، وفرض النفقة بهذا الأساس ، فإنه قد أثم قضاؤه فى مقدار النفقة على أساس قانونى خاطئ .

(١) إينائى البارود - جلسة ١٩٧٤/١١/١١ - القضية رقم ٢٤٨ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى .

وعلى منطقة فإنه قد شابه فساد في الإستدلال على يسار المدعى عليه بيسار أبيه فقد إعتد بأقوال المدعية في ذلك - أنه يعيش مع والده ، في حين أن وكيل المدعى عليه أنكر هذه الإقامة فلم تثبت ببليل صحيح ^(١) .

(٩) دعوى نفقة زوجية وصغار .. إنتهت صلحاً كالثابت بمحضر جلسة ٢٦/١٠/١٩٧٥ ..

وبجلسة ٢/١١/١٩٧٥ قضت المحكمة بالنفقة .

ويؤخذ على هذا الحكم .

أنه لما كان القاضي - في الصلح - يقوم محل الموثق في إثباته طبقاً لنص المادة ١٠٢ من المرافعات ، وإن خالف الحكم ذلك وقضى في موضوع الدعوى ، فإنه يكون مخالفاً للقانون ومخطئاً في تطبيقه ^(٢) .

(١٠) أنه لما كانت المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تقضى بأن نفقة الزوجة تقدر حسب حال الزوج يسراً وعسراً ، وأن نصوص فقه المذهب الحنفي لا تعتبر الزوج في حق نفقة زوجته موسراً بيسار أبيه ، فإن الحكم إذ قضى للمدعية بنفقتها على زوجها المدعى عليه بإعتباره موسراً بيسار أبيه ، ومع ثبوت أن الزوج طالب علم (بكلية دار العلوم) ولا عمل له ، فإنه يكون قد أقام قضاؤه على أساس قانوني خاطيء (تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشيته رد المحتار - لابن عابدين جزء ٢ - في باب الكفأة - ص ٢٣٢ ، وتقرير الرافعي عليه - ص ١٩١ - جزء ١ -

(١) الدلائل - جلسة ١٦/١١/١٩٧٤ - القضية رقم ٦١ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي ، والقضايا : ٢٧ سنة ١٩٧٤ و ١٣٠ سنة ١٩٧٤ و ١٣٠ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي الدلائل و ١١٨ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئي إيتاي البارود ، و ٨٦ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي الدلائل و ٤٦٩ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي كوم حمادة .

(٢) فارسكور جلسة ٢/١١/١٩٧٥ - القضية رقم ٢٤ سنة ١٩٧٠ أحوال جزئي ، و جلسة ٢٨/١٠/١٩٧٥ - القضيتان ١٣٦ و ١٣٧ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط ، و جلسة ٤/١٠/١٩٦٥ - القضية ١٣٧ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط ، و جلسة ١٨/١١/١٩٧٠ القضيتان ١٢٨ و ١٥٣ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط والخليفة - جلسة ٢٩/١٠/١٩٧٤ - القضية ٤٠٩ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئي ، ومركز الزقازيق - جلسة ٢٩/١٢/١٩٧٥ - القضية ٤٥١ سنة ١٩٧٥ أحوال جزئي .

فى الكفاءة ، وفى كتاب الوقف - جزء ٢ - ص ٤٢٩ ، والهداية وشرحها
فتح القدير والعناية - جزء ٢ باب الكفاءة ص ٢٤٢ - والدر وحاشيتها -
جزء ١ - ص ٤٢٢ ، والبحر الرائق جزء ٢ - ص ١٢٢ ، والبدائع - جزء ٢ -
ص ٣١٩ و ٣٢٠ ، فتح المعين - لأبى السعود باب الكفاءة جزء ٢ ص ١٤١ (١).

(١١) دعوى نفقة ... أقامت المدعية (طالبة جامعية) طالبة الحكم على
أخويها لأبيها بتكملة نفقتها بأنواعها الثلاثة وبدل القرض والنفاء
ومصاريف وثمن كتب للجامعة لمرحلة تعليمها وأمر عمها الشقيق بأداء
ما يفرض لها على أخويها لأبيها ليرجع بما يؤديه إليها عليهما إذا أيسرا ،
وأنهنا بالإستدانة عليهما عند الإمتناع وعلى أن يكون هذا كله من يوم
الحكم مع إلزامهم بالمصاريف وأتعاب المحاماة .

وبعد التحقيق الذى أجرته المحكمة قضت بجلسة ١٩٧٥/٢/١٩
حكمت المحكمة غيابياً على المدعى عليهما الأول والثانى (الأخوين لأب)
بأن يؤديا للمدعية شهرياً من ذلك اليوم خمسة جنيهات لنفقتها وبدل
القرش والنفاء مناصفة بينهما . وكل سنة أول العام الدراسى عشرين
جنيهاً (اعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٧٤ إلى تخرجها لرسوم الكلية وثمن
الكتب وأمرت المدعى عليه الثالث (العم الشقيق بالأداء إليها أولاً من ماله
الذى تحت يده وبعد نفادها يرجع بالباقى على المدعى عليهما الأول والثانى
عند يسارها وأنتهى بالإستدانة على المدعى عليه الثالث (العم الشقيق) عند
الحاجة والزمته بمصاريف الدعوى ومائة قرش مقابل أتعاب المحاماة .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه لما كانت نصوص فقه المذهب الحنفى - التى تحكم
الموضوع تقضى بأنه إذا اجتمع فى قرابة طالب النفقة أصل وحاشية وكان
أحد المصنفين عدة أمرت المعتبر أصولاً وحدهم ترجيحاً للجزئية - لما كان
ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم أن أم المدعية على قيد الحياة وأنها
تشاركها فى ملكية ٩س ٧ ط فإن الحكم إذ قضى بالنفقة قبل الأخوين لأب

(١) ميت غمر - جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ - القضية ٢٢٩ سنة ١٩٧٥ لحوال جزئى .

والعم الشقيق دون أن يعرض لتمحيص يسار الأمن فإنه قد يكون عاره قصور ، ذلك لأن الأم وهى أصيل وراثه للمدعية والعم لا يرثها لوجود أخويها لأبيها ، ولو إلتفت الحكم إلى ذلك لجاز أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى (رسالة تحرير النقول فى نفقة الفروع والأصول - لإبن عابدين وحاشيته على الدر المختار - باب النفقة - جزء ٢ ص ١٠٥١ - المطبعة الأميرية) .

(ب) أنه - وعلى منطق الحكم الخاطيء - قد ثبت أن أخوى المدعى لأبيها لا يفضل من كسبها شيء ، وإذا قضى الحكم - مع ذلك - بفرض نفقتها عليهما ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، لأن النفقة لا تجب على الفقيرين فرضاً ولا أداء ، إذ نفقة الأقارب لا تجب إلا على القريب الموسر الذى يفضل من كسبه ، ما يفي بنفقة الطالب الفقير لأنهما تجب بطريق الصلة والغناء فهى تجب على الأغنياء دون الفقراء (بدائع الصنائع - جزء ٤ - ص ٢٢ ، والفتاوى الخيرية - ص ١١٨ و ١١٩ ، وتنقيح الحامدية - جزء ١ - ص ٨١ ، ورسالة تحرير النقول - لإبن عابدين - جزء ١ - ص ٢٨٨ بجميع رسائله) .

(جـ) مخالفته القانون بقضائه بما لم يطلب ، وذلك بأن المدعية طلبت الحكم على عمها الشقيق بتكملة نفقتها ، فى حين أن الحكم قضى قبل العم بأن يؤدى إليها أولاً من مالها الذى تحت يده وثانياً بعد نفائه يرجع بالباقي على أخويها لأبيها إذا ليسر ، وهو لم يطلب القضاء به .

(د) قيامه على أساس قانونى خاطيء لقضائه بإستحقاق المدعية لنفقة بإعتبار أنها فى حكم الفقير قياساً على حكم إبن السبيل الموسر الذى إستحق الزكاة لبعده عن ماله ، حال أن القياس يكون على صاحب المال الغائب الذى نص الفقهاء على إستحقاقه النفقة على الغير حتى يحضر ماله (الدر المختار - للحصكفى وحاشيته رد المحتار - لإبن عابدين - جزء ٢ - باب النفقة - ص ١٠٣٧) (١) .

(١٢) دعوى بطلب الحكم على المدعى عليه بأن يؤدى ما فرضه لأخته

(١) بكرنس - جلسة ١٩٧٥/٢/١٩ - القضية ١٠٤ سنة ١٩٧٤ احوال جزئى .

لأبيه بمقتضى ورقة عرفية .. ويجلس ١٢/١١/١٩٧٤ حكمت المحكمة غيابياً للمدعية على المدعى عليه بإلزامه بأن يؤدي لها شهرياً من ١٩٧٤/٧/١ مائة قرش ما فرضه على نفسه لنفقة أخته لأبيه بالورقة العرفية المحررة بنات التاريخ وأمرته بأداء ذلك للمدعية فى مواعيده ،وإذنتها بالإستدانة عليه عند الحاجة والزمته بالمصاريف .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الطفل المفروضة على غير أبيه تسقط بمضى شهر فأكثر بإعتبارها من نفقات نوى الأرحام ما لم تكن مستدانة فعلاً بإذن ممن وجبت عليه أو من القاضى ، وكان الثابت بالورقة العرفية سند الدعوى إذن الملفزم بها للمدعية بالإستدانة عليه ، فإن الحكم إذ قضى بإلزام المدعى عليه بأداء هذا المفروض للمدعية من ١٩٧٤/٧/١ دون التثبت مما إذا كانت المدعية قد إستدانته فعلاً المتجمد بالورقة الذى مضى عليه شهر فأكثر فيما قبل تاريخ صدوره فإنه يكون قد خالف للقانون (١) .

(١٣) دعوى نفقة زوجية .. أوردت المدعية فى صحيفةها أنه سبق لها إستصدار أحكام نهائية عليه بالنفقة ، وأن تلك الأحكام ما زالت قائمة ... ويجلس ١٢/١١/١٩٧٤ قضت المحكمة غيابياً برفض الدعوى والزمته المدعية بالمصاريف ... وأقامت قضاهاها هذا على أسباب أنه كان يتعين على المدعية أن تنفذ تلك الأحكام .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه لما كان المقرر أن أحكام النفقة لا تحوز سوى حجية مؤقتة ، إلا أن هذه الحجية تبقى قائمة ما لم تتغير مراكز الخصوم بعد صدورها (نقض - جلسة ٢٧/١٠/١٩٦٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - مدنى - ص ٥٤٠ ، ونقض - جلسة ٣٠/١/١٩٦٣ - المرجع السابق السنة ١٤ - ص ١٨٩ ، ونقض جلسة ٢٤/٥/١٩٧٢ المرجع السابق السنة ٢٢ - ص ١٠٠٣) - وإذا خلا الحكم من بيان ذلك ، فإنه يكون مشوباً بالقصور .

(١) مركز نسياط ١٢/١١/١٩٧٤ - القضية ٤٥ سنة ١٩٧٤ أحوال جزئى .

(ب) وعلى منطقة أن صبح صدور حكم ، ولم تتغير مراكز الخصوم ، فإنه كان متعيناً القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها - وإذا جانب الحكم ذلك ، فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون (١) .

(١٤) دعوى نفقة زوجية وصغير ... قضت المحكمة غيابياً بجلسة ١٩٧٥/١/٢٨ بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية بكافة طرق الإثبات القانونية أنها زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ولا زالت في عصمته وطاعته ... إلخ .

ويؤخذ على هذا الحكم :

انه لما كان المقرر أن السبب في وجوب النفقة هو العقد بشرط الإحتباس أو الإستعداد له ، فإن الدخول لا يعتبر شرطاً لإستحقاق النفقة ، وإذا قضى الحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية دخول المدعى عليه ومعاشرته لها معاشرة الأزواج كشرط لإستحقاق النفقة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (٢) .

(١٥) مطالبة بستة جنيهاً شهرياً نفقة إعتباراً من ١٩٧٢/٨/١ إستناداً إلى إقرار منسوب إلى الأب المدعى عليه ... وأمره بالأداء وأنها بالإستدانة عليه عند الحاجة مع المصاريف والأتعاب .

وبجلسة ١٩٧٥/١/٢١ قضت المحكمة غيابياً بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية ما فرضه على نفسه لولديها منه وقدره ستة جنيهاً من ١٩٧٢/٨/١ وأمره بالأداء إليها في مواعيده وألزمته بالمصاريف ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات .

ويؤخذ على هذا الحكم :

خطؤه في تطبيق القانون برفضه طلب المدعية إنها بالإستدانة على المدعى عليه عند الحاجة على سبب من القول أن نفقة الصغير كنفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة بعد الترض ، ذلك أن عدم سقوط النفقة بعد الفرض

(١) الخليفة - جلسة ١٩٧٤/١١/١٢ - القضية ٤٢٢ سنة ١٩٧٤ لحوال جزئى .

(٢) الزيتون - جلسة ١٩٧٥/١/٢٨ - القضية ١٧٦٨ سنة ١٩٧٤ لحوال جزئى .

ليس مبرراً في القانون لعدم الأمر بالإستدانة ، ويجوز قانوناً في نفقة الزوجية الإنن بالإستدانة للزوجة ، لأن أمر القاضى يجعل إستدانتها بالنيابة عن الزوج حكماً (١) .

١٦- دعوى نفقة لزوج وصغير مقامة من زوجة مصرية ضد زوج ليبي ... قررت المحكمة أن النزاع ذو عنصر أجنبي مما يتعين معه معرفة القانون الواجب التطبيق ، وبالنسبة لنفقة المدعية فالأصل طبقاً للمادة ١٣/١ من القانون المدني أنه يسرى قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال ومنه حق الزوجة في النفقة إلا أنه متى كانت الزوجة مصرية وقت إنعقاد الزواج ، فإن القانون المصرى وحده الواجب التطبيق عملاً بالمادة ١٤ من القانون المدني بالنسبة لنفقة الزوجة ويتعين بالتالى تطبيق المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تقضى بإعمال الراجع عن مذاهب أبى حنيفة فيما لم يتناوله المشرع الوضعى بالتقنين .

وقررت المحكمة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها جزاء الإحتباس وتعتبر ديناً من تاريخ الإمتناع لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء عملاً بالمادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وتقدر حسب حال الزوج يسراً وعسراً بالمادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

أنزلت المحكمة هذه القواعد على واقعة الدعوى منتهية صحيحاً إلى إلزام المدعى عليه بأداء نفقة لزوجته المدعية قدرتها تقديراً سليماً بعد أن إستبعدت ما طلبته من أجر خادم ، لأن حالة المدعى عليه ووضعها لا يسمحان به .

كما قررت بالنسبة لنفقة الصغيرة أنها نفقة اقارب يسرى على الإلتزام بها قانون المدين بها عملاً بالمادة ١٥ من القانون المدني ، وإذا كان القانون الأجنبى يعتبر واقعة مادية لا يفترض على القاضى العلم بها ، ويتعين على من يتمسك به إثباتها ، ولذلك قررت المحكمة إعادة الدعوى للمرافعة

(١) الزيتون - جلسة ١٩٧٥/١/٢١ - القضية ٢١٢ سنة ١٩٧٤ لحوال جزئى .

(جـ) وعلى منطقة الخاطيء ، فإنه أعمل فى مدونات أحكام التقنين المدنى الخاصة بحجية الشيء المقضى ، حالة أن المادة ١٠١ إثبات قد الغيت المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى ، بما يشوبه بالخطأ فى الإسناد (١) .

١٣٧- الأصول الفقهية الشرعية فى النفقات :

(١) ثار فى الفقه تساؤل فيما إذا كان علاج الزوجة من أحكام النفقات الواجبة على الزوج شرعاً ، وقاسوا أمر الزوجة بالعين المؤجرة ، وقالوا أن الزوج غير ملتزم شرعاً بعلاج زوجته المريضة فلا يلزم بأجر الطبيب ولا بثمن الأدوية إذ أن الهدف من كل ذلك هو إصلاح جسمها تماماً كما هو شأن مستأجر الدار الذى يستحق الإنتفاع ، ولا يلتزم بإعادة ما يسقط من أجزاء البناء ولا بالمحافظة على أصوله .

وتطبق محاكم الإقليم المصرى هذا الحكم حتى اليوم ، أخذاً بالفقه الحنفى ، وهو ذات الحكم الذى تأخذ به بقية المذاهب الأخرى (الحنبلى ، والمالكى ، والشافعى) ، وجمهور المجتهدين .

ولكن قياس رابطة الزوجية التى تقوم على المودة والرحمة والإستقرار ، بعلاقة المستأجر بالدار ، غير سائغ فكيف يقبل القول بأن الزوجة إذا مرضت تترك فريسة للمداه أو عائلة على ذويها ، وهى التى أثرت رعاية زوجها وأولادها منه ومصالحهم ، فلا أقل من أن يرد إليها بعض المعروف بما أسلفت فى أيام صحتها ، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان .

لقد تقدم الطب وعنيت الدول بأمر تعميمه ، بحيث صار كالماكل والملبس ، بل أنها عنيت بعلاج الحيوان والرفق به .

وقد أثر عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه أمر أهله وأصحابه بالتداوى من المرضى والجروح ، كما أمر سعداً بالذهاب إلى الطبيب ، ويعث طبيباً إلى أبى بن كعب ، وقال : « تداووا لكل داء دواء » ، واحتجم ، وأعطى أبا طيبة أجرة الحجامة .

(١) بندر شبين الكوم - جلسة ١٨/١١/١٩٧٥ - القضية ٦١ سنة ١٩٧٤ احوال جزئى .

واتجه إليه فقهاء الشيعة الزيدية ، والإقليم السوري ، والمغرب ،
وتونس .

وليس في فرض علاج للزوجة إرهاباً للزوج ، لأن هذا الإلزام مقيداً
بما تسمح به حال الزوج، بل هو إلزام من لجرة الخادم التي تجب للزينة
والتنعيم وتقضى بها المحاكم حسب حال المنفق (١) .

(٢) يصح الإتفاق بين المطلقة ومطلقها على تقدير لجرة حضانة
وأجر إرضاع ونفقة الصغير الذي سيولد لهما ، ويقع الإتفاق صحيحاً ونافاً
قانوناً ، ويسرى من وقت ولادة الصغير ، وعلى ذلك عمل المحاكم .

(٣) المقرر فقهاً أنه إذا عجل الزوج النفقة لزوجته عن مدة مستقبلية ،
ثم حدث خلالها ما يستوجب سقوط نفقتها لنشوز أو موت ، فليس للزوج
أو لورثته الحق في طلب إسترداد ما بقى من النفقة المعجلة ، سواء كانت
قائمة أو مستهلكة ، على سند من القول بأنه وإن كانت نفقة الزوجة على
زوجها للإحتباس ، إلا أن فيها معنى الهبة ، والمقرر أن هبة المنقول تتم
بالقبض ، وأن الزوجية من موانع الرجوع في الهبة .

(٤) من حق صاحب اليد على الصغير - ولو لم تكن ممن لهن الحق
في حضانته شرعاً - أن تطالب والده بنفقته وأجر المسكن والخادم ، وأجر
الحضانة والإرضاع ، ويكون الحكم بالنفقة وأجر المسكن والخادم من يوم
الحكم إلى بلوغ الصغير التاسعة ، وأجر الإرضاع من يوم ولادته ولمدة لا
تزيد عن حولين (عامين) كاملين .

(١) الروضة الندية شرح الدرر البهية لصديق خان - جزء ٢ - ص ٧٨ ، ٧٩ - الطبعة
المنيرية ، والبحر الزخار - جزء ٣ - ص ٢٧٢ ، والمنتزع المختار - جزء ٢ -
ص ٥٣٤ ، وليل الأوطار - جزء ٩ - ص ٩٤ ، والدر المنقلى - ص ١٥ - ص ٤٩٩ ،
والفواكه الدواني - جزء ٢ ص ٢٢٢ ، والمغنى والشرح الكبير جزء ٩ - ص ٢٣٥ ،
ومغنى المحتاج - جزء ٣ ص ٤٣١ ، وتيسير الوصول - جزء ٢ - ص ١٢٩ و ١٣٠ ،
وفتوى الشيخ عبد المجيد سليم - المحاماة الشرعية - السنة ٦ - ص ٤٨١ ،
والمادة ٨١ قانون الأحوال الشخصية السوري ، والفصل ١/٣٥ مغربي والفصل
٥٠ تونسي .

(٥) يصح شرعاً وقانوناً الإتفاق المبرم بين المطلقة والمطلق على التزام الأخير بنفقة الحمل المستكن بجميع أنواعها وأجرى الحضانة والإرضاع وأجر المسكن ، على أن يسرى هذا الإتفاق بعد انفصال الجنين حياً .

(٦) للأخ الفقير العاجز عن الكسب الحق شرعاً في مطالبة أخته بالنفقة ، متى كانت موسرة ويفيض عن كسبها ما يتسع لنفقتها ، وغذا هو الأصل المقرر شرعاً في وجوب نفقة الأقارب وإستحقاقها ، دون إعتداد في ذلك بالذكورة والأنوثة .

(٧) يذهب أكثرية من أئمة الفقه الإسلامى إلى وجوب نفقة الأبوين الفقيرين العاجزين عن إيهما المسلم الموسر وإن اختلفا ديناً ، لقوله تعالى « وبالوالدين إحساناً » ولقوله جل شأنه « وصاحبهما في الدنيا معروفاً » ، ووجه الإستدلال في هاتين الآيتين الكريمتين أنهما لم تفرقا في الحكم بين الأبوين المسلمين وغير المسلمين ، فكان المستفاد من حكمها وجوب الإتفاق عليها ، لأن فيه إستدامة للمودة والصلة ، إذ من غير العدل أن يعيش الابن في يسر ويترك والديه في حرمان وفقر ، كما أن في الإمتناع عن الإتفاق عليهما ضرراً يصيبها وهو أمر ممنوع لقول الله تعالى : « ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً » .

(٨) ليس للزوج أن يسترد ما بقى من النفقة المعجلة لمدة معلومة توفيت الزوجة خلالها ، ذلك لأن المقرر شرعاً أن النفقة نوع من الصلة والصلة بين الزوجين لا رجوع فيها وكما أنه من غير الجائز خصم هذا البقى من أجل صداقتها ، فللزوج نصيبه الميراثى فيه ولورثة زوجته باقية .

(٩) المقرر شرعاً فرض أجر حضانة الحضانة الصغير لقاء رعايته وتبدير شئونه وإحتسابها على مصلحته ، بغير تفريق بين الحضانة المثقفة وغير المثقفة ، والعمل القضائى لا يزال جارياً على أجر الحضانة كالنفقة يراعى في تقديره يسار - أو إعسار - من تجب عليه نفقة الصغير .

(١٠) اختلف رجال القانون حول وجوب إستصدار إن من المحكمة في شأن رفع دعوى نفقة وأجور حضانة ومسكن وخدمة صغير معن لا

تعد حضانة شرعية له ، أخذاً بحكم المادة ٢٨ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها : فذهب رأى - إلى وجوب الحصول على إذن من المحكمة الجزئية برفع الدعوى ومباشرتها والمقاضاة فى حقوق الصغير على أبيه ، إستناداً إلى وجوب قيام الصفة فى مخاصمة الأب ، خاصة وأن المدعية هنا ليست ممن لهن حق حضانة الصغير .

ونذهب رأى آخر - إلى القول بأنه ليس هناك محل لإستصدار إذن من المحكمة بالخصوصية فى الدعوى ، إستناداً إلى أن مثل هذه الدعوى ترفع حسبة لوجه الله تعالى لتعلقها بإحياء نفس بشرية ودفن الهلاك ، وإن إحياء النفس البشرية من حقوق الله تعالى وحقوق الله سبحانه - بصفة عامة - ترفع بها الدعاوى حسبة .

(١١) المقرر شرعاً وقانوناً أن النفقة من الحقوق الخالصة للصغير ولا يملك أحد التنازل عنها لى كانت صفته بالنسبة للصغير - حاضناً كان أو غير حاضناً يده عليه - فإذا تجاوزت الصغيرة الرابعة عشرة من عمرها ، فإنها قد تكون بلغت بالعلامات ، ومن ثم فلا ولاية للوصية عليها وتملك المطالبة بنفقتها ، بعد أن أصبحت البنت أهلاً للخصومة شرعاً ، لها أن ترفع الدعوى ضد والدها بطلب الحكم بإنتقال المفروض لنفقتها ليؤدى إليها شخصياً . وإذا كان هذا الأب قد تصرف فى جميع أملاكه لأولاده من زوجة أخرى بقصد حرمان تلك البنت من تركته مستقبلاً ، فإنه بهذا الذى فعله يكون مبهضاً لها ، وهذا البقضى وحده يعد مبرراً سائفاً يمنع من ضمها إليه .

(١٢) يحق للموآرث شرعاً أن يقيم الدعوى بطلب إبطال حكم النفقة عن ثلاث سنوات وما إستجد منها ، إستناداً إلى التواطؤ بقصد إستيلاء زوجة المورث على معظم تركته .

(١٣) المقرر فى الأصول الشرعية أن ردة الزوجة المسيحية التى كانت قد إعتمدت الإسلام وعودتها إلى دينها السابق تبطل عقد زواجهما ، وتوجب إيقاع الفرقة بينهما من تاريخ حصول الردة ،وتصبح الزوجة المرتدة ناشراً ، والناشر لا نفقة لها ، لأن الفرقة جاءت بسبب من جانبها ،

وانها فوتت على زوجها ماله عليها من حقوق ، وبإنقاس عقد الزواج لردة الزوجة يسقط حق الزوجة فى النفقة التى كانت واجبة لها على زوجها .

(١٤) المقرر شرعاً أن الزوجة لا تستحق على زوجها المتوفى ولا على ورثته نفقة عدة ، تأسيساً على أن النفقة حق شخصى مستمد من عقد الزواج ، وبوفاة الزوج ينتهى العقد ولا يبقى منه إلا حق الإرشاد ، وثبوت نسب الأولاد .

(١٥) ليس فى التشريع الإسلامى نص صريح ومحدد يقضى بالزام الأب وغيره بإداء المصروفات المدرسية ومصاريف علاج الأولاد وأجر العمليات الجراحية لهم ، عن الماضى ، إعتدلاً بأن ذلك من نفقة الصغار التى لا يقضى بها إلا من يوم صدور الحكم ، ولا يجوز فرضها عن مدة ماضية . إلا أن القضاء الشرعى قد إستقر على القضاء بهذه الأنواع من النفقات عن الماضى قياساً على أجرة الحضانة وأجر الإرضاع ، اللذان يستحقان عن الماضى بالإضافة إلى أن فى الأخذ بهذا النظر تحقيق مصلحة الصغير وصيانة له من الهلاك ، وحفظاً لمستقبله فى طلب العلم .

(١٦) لا تستحق الزوجة على زوجها نفقة تزيد على ثلاث سنوات سابقة على رفع الدعوى ، كما لا يقضى بنفقة للأولاد إلا من يوم الحكم .

(١٧) أن المتفق عليه فى مذهب أبى حنيفة المعمول به فى قضايا الأحوال الشخصية إنه إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة ، فللزوجة المهر كاملاً ، فإذا توفيت الزوجة فإن لورثتها الحق فى المطالبة به فإنها تجب بسبب عقد الزواج .

(١٨) إن المقرر شرعاً أن الطلاق قبل الدخول والخلوة يخلو للمطلقة النفقة من اليوم التالى لعقد الزواج حتى تاريخ الطلاق ، وإذا كان الطلاق قبل الدخول أو الخلوة يقع بائناً ، ولا تعدد المطلقة بسببه ، فإنه بالتالى فلا نفقة لها بعد الطلاق .

(١٩) المقرر فى القانون عدم جواز المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ، وذلك دفعاً لصاحب الحق كى يبادر إلى المطالبة بحقه بحيث لا

يتأخر أكثر من ثلاث سنوات ، وجعل عن طريق منع سماع الدعوى تجنباً لإرهاق الطرف الآخر المطالب بالنفقة ، وإكسبها يكون في تأخير المطالبة بها وسيلة إلى الكيد ، وهذا المنع خاص برفع دعوى المطالبة بالنفقة ابتداءً . أما التنفيذ بطريق الحبس فإنه ليس في حقيقته دعوى ، ولكنه وسيلة إلى تنفيذ ما حكم به جبراً ، شأنها شأن التنفيذ بطريق الحجز ، وأن المقرر في القانون أن للتنفيذ بأي طريق آخر لا يسقط حقه إلا بعد خمسة عشر سنة . وإذا قضى بحبس المحكوم عليه تنفيذاً لمتجمد النفقة ، ونفذ الحكم بحبس المدعى عليه ، فلا يمنع ذلك من التنفيذ بالمتجمد بطرق التنفيذ الأخرى (الحجز الإناري - أو الحجز التنفيذي) .

(٢٠) المقرر شرعاً أن ما تجمد لنفقة الأولاد وكان قد صدر به حكم على أبيهم ، يدخل في تركة أمهم المتوفاة ، لأنه صار من حقوقها ، ومن ثم يقسم على الورثة كسائر عناصر التركة .

(٢١) المقرر شرعاً أن الحكم بعقوبة مقيدة للحرية لا يعتبر سبباً من أسباب الحجز ، لا في الشريعة الإسلامية ولا في غيرها من القوانين الأخرى ، وتبقى للمسجون أهليته كاملة ، وله حق ممارسة جميع التصرفات النافذة للملكية وعلى الأخص ما تعلق بأموره الشخصية كدعوى النفقة وغيرها ، وعلى أن تعلن الدعوى إليه في مواجهة أمور السجن طبقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية الواجب التطبيق .

(٢٢) المقرر شرعاً أن الزوجة التي تصاب بالجنون لا تستحق على زوجها نفقة إذا كانت في حالة من الهياج يتصور معها أن تعتدى على من حولها ، كما تسقط النفقة المفروضة لها لأنها تعتبر في حكم الزوجة الناشئ بفترات شرط الإحتباس ، ويستطيع الزوج أن يرفع دعوى ضم القيم عليها يطلب أمرها بالكف عن المفروض لنفقتها وإبطال نفقة أولادها لزوال يدها عليهم وإنتقالهم ليده ، ويستطيع بمقتضى الحكم الذي يصدر بالإبطال أن يرفع الحجز الذي قد تكون لوقعته على مرتبه بموجب حكم النفقة ، ومن حسن سير العمل القضائي أن يقوم الزوج بإدخال الممثل القانوني للجهة التي يعمل بها في دعوى الإبطال ليصدر الحكم في مواجهته .

(٢٣) المقرر بنص المادة ١٤٩ من التقنين العرفي للأقباط

الأرثوذكس أنه إذا كان الأب معسراً ، فإن نفقة الإبن الفقير تجب على أمه إذا كانت موسرة .

(٢٤) فى نفقة الأخ على أخيه ، أن الفقير كما يرى الفقهاء وفى أظهر تعريف عندهم ، هو من ليس عنده ما يكفى حاجته الضرورية كلها أو بعضها ، فإن كان معدماً فرضت له النفقة حسب كفايته . وإن كان عنده ما يكفى حاجاته بأن كان يملك عقاراً وريعه ضئيل لا يكفيه ، ولو أنه باعه لأغناه ثمنه ولو بعض الوقت ، فإنه لا يعتبر فقيراً ، فإن كان ما يملكه عقار صغيراً لا يتسع لأكثر من سكناه ويسكنه بالفعل أو كان الزائد على سكناه لا يمكنه إلا مع القدر الذى يسكنه ، فإنه فى تلك الحالة يعد فقيراً وتجب نفقته على أقاربه الموسرين .

(٢٥) المقرر فى الفقه الشرعى أن تكفين الزوجة وما يصرف فى جنازتها واجب على زوجها ولو كانت موسرة ، إلا إذا قام بها مانع من وجوب النفقة لها ، كان ناشراً وقت الوفاة .، فإن الزوج - عندئذ - يكون غير ملزم بتكاليف جنازتها وتكفينها .

(٢٦) لم يحدد التشريع الإسلامى مقدار ما يفرض لنفقة الزوجة على زوجها ، ولكن لفتى ببيان الإطار العام الذى تفرض النفقة فى حدوده ، فإذا كان الزوج موسراً ، فرضت لها عليه نفقة الموسرين ولو كانت من الأغنياء ، وإن كان متوسطاً فى درجة يساره فرضت لها نفقة الوسط ، مع مراعاة أعباء الزوج العائلية ، وذلك إعمالاً لما تقضى به المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وعملاً بقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه ، سيجعل الله بعد عسر يسراً » .

(٢٧) تستحق نفقة الصغير ويقضى بها من يوم الحكم ويستحق أجر حضائته وأجر إرضاعه من اليوم التالى لولادته ، على أن أجر الحضانة يستمر طالما كانت يد الحضانة على الصغير ، بينما يستمر أجر الإرضاع لمدة عامين .

(٢٨) المقرر شرعاً أن دين النفقة لا يسقط إلا بالإبراء أو الإبراء رفعت زوجة دعوى بطلب نفقة عن مدة سابقة ، وإثناء سير الدعوى طلقها زوجها

المدعى عليه ، ويعد فترة الطلاق توفيت ، دون أن تستوفى نفقتها أو تبرئ الزوج منها فإنه يحق لورثتها إستيفاء هذا الدين إلى تاريخ الوفاة إن كانت وفاتها قبل إنقضاء عدتها ، فإن كانت الوفاة بعد إنقضاء العدة ، فإن لهم الحق فى إستيفاء دين النفقة عن المدة السابقة على الطلاق ، والمدة اللاحقة إلى إنقضاء عدتها .

(٢٩) المقرر شرعاً وإجماع الفقهاء أن سفر الزوجة بعد إذن زوجها يسقط حقها فى النفقة عليها ، كما أن هروبها مع لجنبي عنها يسقط الحق فى نفقتها كذلك أخذاً بما هو مقرر من أن النفقة تجب للزوجة على زوجها مقابل إحتباسها على مصالحه ، فسفرها بغير إذن من الزوج وهروبها كلاهما يفوت على الزوج حقه فى الإحتباس ، ومن ثم فلا نفقة لها عليه طالما بقيت على هذه الحالة .

(٣٠) المقرر شرعاً أن نفقة الإبن الفقير على أبيه لا يشاركه أحد ، فلا تجب على الأم ولو كانت موسرة وكان أبوه فقيراً .

(٣١) من المقرر شرعاً أنه إذا حصدت نفقة الزوجة أو الأولاد وأجود حضانتهم وغيرها من سائر الأنواع بورقة عرفية ، ثم رأت الزوجة أو المطلقة أن المتفق عليه لا يكفى ، فإن لها أن ترفع الأمر للقضاء بطلب الزيادة ، وللقاضى أن يتدخل ويزيد المفروض إذا كان فى المقدار المتفق عليه غبن فاحش بالنسبة لها ، ويحدد الفقهاء القبن الفاحش فى النفقات بما يزيد على خمس سنوات .

(٣٢) المقرر شرعاً أنه متى كان الزوج فقيراً عاجزاً عن الكسب فإن نفقة زوجته تكون على أولاده ولو لم تكن والديهم .

(٣٣) تقضى المادة ٢١ من التقنين العرفى للأقطاط الأرثوذكس بإلزام الزوجة الموسرة بنفقة زوجها المعسر إذا كان عاجزاً عن الكسب اقامت دعوى بطلب نفقة فللزوجة أن يدفعها بيسارها ويقره وإعساره ، وإن يلزمها فى ذات الوقت بفرش نفقة له عليها .

(٣٤) المقرر شرعاً أنه لا تجب نفقة ابنة الأخ على أعمامها إذا كان لها أخ موسر ، إستناداً إلى أن الأخ يرث أخته ويحجب أعمامه فى الميراث فتجب عليه نفقتها ، لأن الغرم بالغنم .

(٢٥) الإقرار الصادر من زوجة بإستلام مبلغ كبير لنفقة الصغير معجلة من أبيه العاطل ، يعد إقراراً بمستحيل وهو باطل شرعاً ، ولا يحول هذا الإقرار دون القضاء بنفقة للولد وأجور حضائنه وغيرهما متى صار الأب من الأثرياء ، وعلى المدعية عبء الإثبات .

(٢٦) المقرر فى الفقه الشرعى أنه إذا مرضت الزوجة فى بيت زوجها وانتقلت إلى بيت أهلها ، فإن طالبها زوجها بالعودة إلى بيت الزوجية ولم تكن تستطيع الانتقال فلها نفقة ، فإن امتنعت عن الانتقال مع القدرة عليه فلا نفقة لها ، وعلة ذلك أن الإحتباس الموجب للنفقة قد تم كاملاً والمرض جاء عارضاً ، وهو قابل للزوال والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة .

(٢٧) المقرر فى الفقه الشرعى أنه إذا لم يكن للفقير العاجز عن الكسب أحد من أصوله ولا من فروعه ، فإن نفقته تجب على الموجود من أقاربه ، فإن كانوا أكثر من واحد ، فإن النفقة لا تفرض إلا على من يستحق منهم فى ميراثه بنسبة نصيبهم فيه ، وبالشروط التالية :

١- أن يكون طالب النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب .

ب- أن يكون متحداً فى الدين مع من تجب عليه نفقته .

ج- أن يكون من تجب عليه النفقة موسراً ويفيض منه بعد نفقته الخاصة ونفقة من يعولهم من أولاده وزوجته ما يكفى لنفقة قريبه العاجز عن الكسب فإذا كان طالب النفقة مختلفاً فى الدين (مسلماً) مع الموجودين من أقاربه وهم ليسوا أصولاً ولا فروعاً له ، فإن نفقته لا تجب عليهم .

(٢٨) المقرر شرعاً أن نفقة القريب صلة وهبة لا يجوز الرجوع فيها إذا ما دفعت للقريب دون إكراه وجبر ، تأسيساً على أن القرابة (الأخوة) من موانع الرجوع فى الهبة .

(٢٩) أن تقدير النفقة وأجر الحضانة وغيرها من أنواع النفقات للحمل قبل ولادته ملزم لمن قدرها على نفسه ما دام أنها واجبة عليه ، ولا يؤثر فى قيام هذا الإلتزام أن الحمل لم يكن قد انفصل وقت الإلتفاق على التقدير بناء على ما هو مقرر قانوناً من أن الوصية جائزة للجنين قبل ولادته .

(٤٠) إقرار المطلقة - فى محرر عرقى - بالإبراء من أى حق مالى

قبل مطلقها ، لا ينسحب اثره على نفقة الصغار وأجور الحضانة والمسكن
والخدمة المقررة لهم شرعاً ، ذلك أن حقوق الزوجة تختلف عن حقوق
الأولاد ، بينما حق الأولاد في النفقة على أبيهم واجب لإحياء النفس لأنهم
جزؤه .

(٤١) المقرر شرعاً أن مصاريف العلاج من أجر الطبيب وثمان الدواء
تعتبر من ضمن الكفاية الواجبة في نفقة الأولاد ، ذلك أن نفقة الأولاد تقدر
حسب ما يكفيهم . وأن كفايتهم مقصورة على الطعام والمسكن والكسوة ،
إذ أن أجر الطبيب وثمان الدواء أمران لا بد منهما عند المرض ، وعليهما
تتوقف حياة المريض كما تتوقف حياته على الطعام أثناء الصحة .

(٤٢) المقرر شرعاً أن دين نفقة الزوجة على زوجها لا يسقط بوفاتها
إذا كانت مستحقة لها قانوناً ، ويحكم بها من تاريخ الإمتناع عن أدائها ،
ويعتبر ديناً بعد الحكم بها ويقسم على ورثتها الشرعيين .

(٤٣) المقرر شرعاً أنه إذا كان الأب معسراً وليس به ما يمنعه من
العمل والتكسب ، فإن نفقة أولاده لا تسقط عنه بسبب إعساره ، وعليه أن
يعمل ليتكسب ويتفق على أولاده ، فإن إمتنع عن العمل أجبر على ذلك ،
فإن كان يتكسب ولكن كسبه لا يكفي للإنفاق على أولاده لو لم يكن يتكسب
أصلاً ، فإن كان عاطلاً أو كسدت تجارتة ومهنته فعندئذ يؤمر أقتاربه -
الذين تجب نفقة أولاده عليهم بعده - بالإنفاق عليهم نيابة عنه ، ليكون ديناً
عليه يؤديه إليهم عند يسره ، فإن كانت أم الأولاد موسرة فإنها تكون هي
الأولى بالإنفاق على أولادها من سائر الأقارب . ويكون ما تنفقه عليهم ديناً
على الأب يردّه إليها عند مسرته .

(٤٤) المقرر شرعاً أن أجر الحضانة وأجر الإرضاع لا يسقطان بمضى
المدة ولا يدخلان في مفهوم المادة ٩٩ من لائحة المحاكم الشرعية التي
تصنع سماح دعوى النفقة لأكثر من ثلاث سنوات سابقة على تقديم
الدعوى . فذلك خاص بنفقة الزوجة ، أما أجر الحضانة وأجر الإرضاع فأي
واحد منهما لا يسقط بمضى المدة ، تأسيساً على أنه أجر عمل متعين
البدء فور القيام به ، وأجر الحضانة وأجر الإرضاع يستحقان للأُم من اليوم
التالي لمطلقها إن كان الطلاق على الإبراء .

(٤٥) المقرر شرعاً أن بدل الفرش والغطاء من الحقوق التي يلتزم بها الزوج لزوجته وأولاده ، ولا يدخل مفهوم النفقة ولا مشتملاتها ، وهي الطعام والكسوة والمسكن والخدمة ، إذا كان الأب أو الزوج ممن يخدم ، ومن ثم فإن الحكم بالنفقة والأجور لا يتضمن بدل الفرش والغطاء ، ومن حق المحكوم لها أن تقاضي بشأن بدل الفرش والغطاء .

(٤٦) المقرر شرعاً أن حق الحاضنة في حضانة الصغير يسقط إذا إنتقلت به إلى بلد بعيد لم يكن وطناً لها ولم يعقد عليها فيه ، إلا أن سقوط حقها في الحضانة لا يمنع من إستحقاقها لأجر الحضانة لأنه مقابل عملها ، والعمل لازم للصغير ، ولا تسقط نفقة الصغير كذلك لأنها قوام حياته وهو لا شأن له بإنتقالها .

(٤٧) المقرر شرعاً أن نفقة الصغير الفقير تجب على أبيه شرعاً لا بشاركه فيها أحد ، وأن نفقة الصغير تشمل الطعام والمسكن والكسوة وأجر خادمة إن كان من تجب عليه نفقة ممن يخدمون ، ولا يغير من ذلك أن تكون المطلقة تسكن بالصغير في فيلا مملوكة لأبيها بالمجان ذلك أن سكنى الحاضنة بالمجان في مسكن متبرع به لا يسقط الإلتزام بأجر المسكن ممن تجب عليه نفقة الصغير ، طالما أنها لا تسكن في بيت مملوك لها ، فقد يرجع المتبرع عما تبرع به .

(٤٨) المقرر شرعاً أنه إذا عجل الأب القبض للألم مقابل نفقة إبنته ، وأجرة حضانتها ، وإرضاعه ، ومسكنه ، وخدمته ثم أضعفت ما أوصل لها ، فإن الأب يلزم بنفقة إبنته من طعام وكسوة ، ومسكن وخادم ، رعاية للصغير ، وحتى لا يضيع هو الآخر . أما أجر الحضانة فإنه لا يعاد فرضها ، وكذلك أجر الإرضاع إن كان الصغير في سن الإرضاع وكانت قادرة على إرضاعه ، وللاب أن يرجع عليها بما فرض لها ثانياً إذا أيسرت .

(٤٩) المقرر شرعاً أنه إذا اجتمع في قرابة من تجب له النفقة أصل كالأب وفرع كالإبن (نكر كان أم أنثى) ، وكان الأصل والفرع كلاهما موسر ، فإن النفقة تجب على الفرع (أي عم الإبن والبنت) ولا تجب على الأب ، كما تجب نفقة الأخ العالج عن الكسب وطالب العلم على أخته شرعاً متى كانت موسرة .

(٥٠) المقرر جواز زيادة أجر المسكن إن كان ما تؤديه الحاضنة لأجر مسكن الحضانة أكثر مما هو محكوم به .

(٥١) إذا كانت النفقة المتفق عليها مع والد الصغير بورقة عرفية - دون كفايته ، وكان الثابت أن في يسار من تجب نفقته عليه ما يتسع لزيادتها ، كان من حق من في يده الصغير أن يرفع دعوى على والد الصغير بأمره بإداء ما قرضه على نفسه بالورقة العرفية ، وزيادته بما يتناسب مع درجة يساره ، على أنه يقع على عاتق من بيده الصغير إثبات عناصر اليسار المدعى به .

(٥٢) وقضى في دعوى بطلب إبطال المفروض لأجر الحضانة ... لتجاوز الولد (إشرف) أقصى سن الحضانة ... وقد طالب المدعى المدعى عليها بكف يدها عن مطالبتها بالمفروض لأجر الحضانة ، ولكنها أبت بغير حق شرعى ... وختم الصحيفة بطلب الحكم بأمرها بكف يدها عن التعرض له بالمفروض لأجر الحضانة .. مع إلزامها بالمصاريف والأتعاب .

وبجلسة ١٩٧٤/١٢/٢٢ حكمت المحكمة غيابياً على المدعى عليها بكف يدها عن المفروض لأجر الحضانة بموجب الحكم رقم ٩٨١ لسنة ١٩٦٧ شرعى مستأنف القاهرة (اعتباراً من ١٧/٩/١٩٧٤) وأمرتها بعدم التعرض له بما هو مفروض بموجب ذلك الحكم والزمته بالمصاريف ومبلغ مائة قرشاً مقابل أتعاب المحاماة (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أن المقرر شرعاً أن الحضانة عمل ، وتؤجر الأم عليه متى كانت لا تستحق على والد الصغير نفقة ، متى كانت مطلقة طلاقاً بائناً ، لأنها في هذه الحالة كالأجنبية ، ما لم تتنازل ، فليس عليها إلتزام بإداء هذا العمل بغير أجر بالإتفاق . إما إذا سقط حق الحاضنة في الحضانة ، ومع ذلك ظلت تحضن الصغير فإنها تستحق أجر حضانة ، لأن الحضانة عمل وأجرة الحضانة تعتمد اليد ، ويؤجل أجر الحضانة بزوال اليد - لما كان ذلك وكان الحكم لمن يبين في مدوناته زوال يد المدعى عليها على الصغير الذى تجاوز أقصى سن الحضانة وإذا سقط حقها في أجر حضانتها

(١) الخليفة - جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٢ - القضية ٤٥٣ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

برغم ذلك ، فإنه يكون مشوياً بالقصور ومخالفاً للأصول الشرعية .
(٥٢) وقضى في دعوى أقامتها الزوجة طالبة حكماً يفرض لها على زوجها النفقة ...

ويجلسة ١٩٧٢/٤/٨ حكمت المحكمة بالفرض ... (١)

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الزوجة على موجب المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تقدر بحسب حالة الزوج يسراً وعسراً ، وكان الحكم لما يستظهر حال الزوج ولم يعرض من الوقائع والأوراق ما يكشف عن مصادر تقديره النفقة ، كما لم يبين دلالة دفع رسم الدعوى من تاريخ ترك الإنفاق فإنه يكون قاصر البيان غير محمول .

حكم الكفالة في النفقة:

١٣٨ - أقامت المدعية هذه الدعوى ضد زوجها وضد كفيله طالبة الحكم على زوجها بنفقتها بأنواعها الثلاثة وبندل الفرش والغطاء من أول يناير سنة ١٩٧٤ ومن يوم الحكم نفقة طعام وكسوة وبندل فرش وغطاء بنتهما (حنان) ونفقة إصلاح شان وكسوة وبندل فرش وغطاء بنتهما (فاطمة) وأمره بالأداء إليها وأمر المدعى عليه الثاني (الكفيل) بأداء ما يفرض على زوجها لنفقتهما وإلزامهما بالمصاريف والأتعاب .

بحث الحكم أن ما يجب على الكفيل إنما هو الواجب على الأصل (الزوج) بقدر حاله يسراً وعسراً ، وأن يسار الكفيل أو عسره لا يدخل في نطاق تقدير نفقة الزوجة على زوجها ، لأن الكفالة في الفقه الحنفي ضم نمة إلى نمة في المطالبة مشيراً إلى نصوص القانون في هذا الوضع ونصوص من الفقه الحنفي (٢) .

(١) مصر القديمة - جلسة ١٩٧٢/٤/٨ - القضية ٨٢٦ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئي ، والقضايا ١٠٨٠ سنة ١٩٧٢ و ١٨ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس حلوان ، ٧٦٢ سنة ١٩٧٢ و ٢٢ و ١٥٦ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس مصر القديمة .
(٢) قريشنا - جلسة ١٩٧٤/١١/١٤ - القضية رقم ٢٤٢ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئي .

من الملزم بأداء دفقة الطالبة الجامعية :

١٣٩- دعوى نفقة أقارب مقامة من طالبة جامعية ضد عمها الشقيق بطلب الحكم عليه بنفقتها بأنواعها الثلاثة ويدل الفرش والغطاء ومصاريف وثمان كتب الجامعة وإذنها بالإستدانة عليه عند الإمتناع والزامه بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة .

وبإعلان لاحق عدلت المدعية طلباتها بطلب الحكم لها على أخوتها لأبيها بتكملة نفقتها بأنواعها الثلاثة ويدل الفرش والغطاء ومصاريف وثمان كتب الجامعة لمرحلة تعليمها وأمر عمها الشقيق بأداء ما يفرض لها على أخويها لأبيها ليرجع بما يؤديه إليه عليها إذا أيسر وإذنها بالإستدانة عليهما عند الإمتناع وعلى أن يكون ذلك من يوم الحكم مع إلزامهم بالمصاريف والأتعاب ...

وبجلسة ١٦/٢/١٩٧٥ حكمت المحكمة غيابياً على المدعى عليهما الأول والثاني بأن يؤديا للمدعية شهرياً من اليوم خمسة جنيهات لنفقتها ويدل الفرش والغطاء مناصفة بينهما وكل سنة أول العام الدراسي عشرين جنيهاً إعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٧٤ إلى تخرجها لرسوم الكلية وثمان الكتب وأمرت المدعى عليه الثالث بالأداء إليها أولاً من مالها الذي تحت يده وبعد نفاذه يرجع بالباقي على المدعى عليهما الأول والثاني عند يسارهما وإذنهما بالإستدانة على المدعى عليه الثالث عند الحاجة والزمته بمصاريف الدعوى ومائة قرش مقابل أتعاب محاماة (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه لما كانت نصوص المذهب الحنفى التى تحكم الموضوع تقضى بأنه إذا اجتمع فى قرابة طالب النفقة أصل وحاشية ، وكان أحد الصنفين غير وارث إعتبر الأصول وحدهم ترجيحاً للجزئية - لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم أن أم المدعية على قيد الحياة وأنها تشاركها فى ملكية مساحة ٩س و٧ط أطياناً زراعية ، فإن الحكم إذ قضى بالنفقة قبل

(١) دكرنس - جلسة ١٩/٢/١٩٧٥ - القضية ١٠٤ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس .

الأخوين الأب والعم الشقيق دون أن يعرض لتمحيص يسار الأم ، فإنه يكون قد عاره قصور ، ذلك لأن الأم هي أصل واردة للمدعية والعم لا يرثها لوجود أخويها لأبيها ، ولو التقت الحكم إلى ذلك لجاز أن يتغير وجه الرأي في الدعوى (رسالة تحرير العقول في نفقة الفروع والأصول لإبن عابدين . وحاشية على الدر المختار - باب النفقة - جزء ٢ ص ١٥٠١ - المطبعة الأميرية) .

(ب) أنه - وعلى منطلق الحكم الخاطيء - قد ثبت أن أخوى المدعية لأبيها (المدعى عليهما الأول والثاني) لا يفضل من كسبهما شيء ، وإذا قضى الحكم مع ذلك - بفرض نفقتها عليهما فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، لأن مقتضى ما قرره الحكم وإنتهى إليه أن هذين المدعى عليهما فقيران ، وإذا كان كذلك فلا تجب عليهما النفقة لأختهما المدعية فرضاً ولا أداء ، إذ أن نفقة الأقارب لا تجب إلا على القريب الموسر الذي يفضل من كسبه ما يفي بنفقة الطالب الفقير لأنها تجب بطريق الصلة والصلات تجب على الأغنياء دون الفقراء (بدائع الصنائع - جزء ٤ - ص ٣٢ ، والفتاوى الخيرية - ص ١١٨ و ١١٩ ، وتنقيح الحامدية - جزء ١ - ص ٨١ ، رسالة تحرير العقول - لإبن عابدين - جزء ١ - ٢٨٨ - بمجموع رسائله) .

(ج) مخالفته القانون بقضائه بما لم يطلب ، ذلك بأن المدعية طلبت الحكم على عمها الشقيق بتكملة نفقتها ، في حين أن الحكم قضى قبل العم بأن يؤدي إليها أولاً من ماله الذي تحت يده وثانياً وبعد نفاذه يرجع بالباقي على أخويها لأبيها إذا أيسر وهو ما لم يطلب القضاء به .

(د) قيامه على أساس قانوني خاطيء لقضائه بإستحقاق المدعية للنفقة بإعتبار أنها في حكم الفقير ، قياساً على حكم إبن السبيل الموسر الذي إستحق الزكاة ليعد يده عن ماله ، حال أن القياس يكون على صاحب المال الغائب الذي نص الفقهاء على إستحقاقه للنفقة على الغير حتى يحصر ماله (الدر المختار للحصكفي وحاشية رد المحتار - لإبن عابدين - جزء ٢ ص ١٠٣٧ - في باب النفقة) .

أصول قضائية في نفقات الأقارب :

المقرر في الأصول الشرعية أن نفقة الفرع الصغير العاجز عن الكسب

عن أصله الموسر بقدر الكفاية ، لأن جزؤه ، وجزء المرء فى معنى نفسه ، وجاء فى كتاب الهداية صفحة ٣٦ جزء ٢ : « وتجب نفقة الإبتة البالغة ، والإبن البالغ الشرعيين عى أبويه اثلاثاً على الأب الثلثان ، وعلى الأم الثلث ، لأن الميراث لها على هذا المقدار ، وهذه رواية الخصاف والحسن رحمة الله ، وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى : « وعلى المولود رزقهن وكسوتهن » والمولود له هو الأب (١) .

نفقة الأقارب :

أقامها الأب ضد إبنه بطلب فرض تكملة نفقة له ولعن يعولهم من زوجة وأولاد من يوم الحكم مع إنته بالإستدانة عليه عند الإمتناع وإلزامه بالمصاريف .

وبجلسة ١٩٧٤/٤/٢٢ قضت المحكمة برفض الدعوى والزمّت المدعى بالمصروفات (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت للأصل الفقير على فرعه الموسر نفقة بقدر كفاية الأصل وفى الفائض للفرع بعد نفقته ونفقة من يعولهم ، فإن كان للأصل مال يفى بنفقته ، كان له فى الفائض عن مال فرعه بقدر ما يكمل نفقته لما كان ذلك ، وكان الحكم ، وإن حصل أن للأب المدعى مالاً ، لم يتعرض لكفاية هذا المال ووفاته بنفقة الأب ، ولا لما أثار هذا الأخير من عدم كفايته واحتياجاته إلى التكملة ، فإنه يكون فضلاً عن قصوره قد خالف القانون .

دعوى نفقة اقارب :

مقامة من الأم المدعية قبل أولادها الأربعة تستأديهم نفقتهم عليهم مع إننها بالإستدانة عند الإقتضاء وإلزامهم بالمصروفات إستناداً إلى أنها فقيرة وخالية من الأزواج وعدتهم وبالجلسة حضر المدعى عليه الأول والثالث والرابع ويسلطوا حالتهم المالية كما شرحوا حالة أخيهام الفائض

(١) القضية ٢٨٧ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى بندر شبين الكوم .

(٢) للخانكة - جلسة ١٩٧٤/٤/٢٢ - القضية ٨٧ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

وفوضت المدعية الرأي للمحكمة فيما يفرض .

ويجلسه ١٩٧٤/٣/١٢ حكمت المحكمة غيابياً للثاني وحضورياً للباقيين بأن يؤدوا إلى المدعية أربعة جنيهاً لنفقتها من تاريخ الحكم وأنتتها بالإستدانة عليهم عند الحاجة مع المصروفات (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الأصل الفقير على فرعه الموسر بقدر كفايته ، وفي الفضل الزائد عن حاجة الفرع وحاجة من تجب عليهم حسب حالتهم يسراً وعسراً فإنه يكون قد إنطوى على تقرير قانوني خاطيء ، هذا إلى أنه إذا بني ما فرض على المدعى عليه الثاني لنفقة أمه المدعية على ما أنلى به أخوته بشأن حالته ، بغير بيان لوجه دلالة أقوالهم على حاله ، وعلى توافر موجب فرض النفقة من فقر المدعية ووجود فاضل في كسب هذا المدعى عليه تجب لها فيه النفقة ، فإنه يكون قاصر البيان .

نفقة اقارب ...

قضى فيها بجلسته ١٩٧٥/١٢/٤ غيابياً للمدعى على ابنه المدعى عليه بأن يؤدى له ما فرضه على نفسه بالورقة العرفية وقدر ذلك خمسة جنيهاً شهرياً من ١٩٧٤/٨/١٩ نفقة بجميع أنواعها وأمرته بذلك وأنتته بالإستدانة عليه عند الحاجة ... (٢) .

وجاء بأسباب الحكم : ... ومن حيث أن ... المنصوص عليه فيها أن نفقة القريب تسقط بمضى المنة ولو بعد القضاء والرضا ما لم تكن مستدانة بأمر القاضي ، وعليه لو مضت سقطت بخلاف نفقة الصغير ... وطبقاً للنصوص الفقهية الحكم للمدعى من يوم الحكم مع الإنان بالإستدانة على المدعى عليه :-

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الحكم قد أورد في أسبابه أنه يتعين

(١) الخانكة - جلسته ١٩٧٤/٣/١٢ - القضية ٤٦٧ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس جزئى ،

وجلسه ١٩٧٤/٤/٣٠ - القضية ٤٦٢ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس جزئى .

(٢) تلا - جلسته ١٩٧٥/١٢/٤ - القضية ٢٤٠ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى .

طبقاً للخصوص الفقهيّة الحكم للمدعى بالنفقة من يوم الحكم مع الإنان
بالإستدانة على المدعى عليه .

دعوى نفقة اقارب ...

أقامتها إبتداء الأم ضد ولديها مطالبة بنفقة بنتها أختها الشقيقة .

حضرت هذه البنت بالجلسة واختصمت أخويها المدعى عليهما
بنفسها مطالبة بنفقتها لفقرها ويسارهما ويلوغهما سن المخاصمة ،
وبعد أن تحققت المحكمة من مظهر هذه البنت أنها قد بلغت ووجهت
مطالباتها إلى المدعى عليهما وتركزت الأم مخاصمتها في ذلك ، وإبدى
المدعى عليهما أقوالهما بالموافقة وشرح موردهما وأعبائهما ، خلص
الحكم بعد بيان كل ذلك في أسبابه القطعية إن إثبات ترك الأم مخاصمة
المدعى عليهما في شأن نفقة هذه البنت ، ثم قرر أن المدعى عليهما صادقا
على الدعوى وأنه قد إجتمع في قرابة طالبة النفقة أصل هي الأم وحاشية
هما الأخوان الشقيقان والكل موسر ، فتجب النفقة عليهم حسب الميراث
على الأم السدس وعلى الأخوين الباقي إعمالاً لنصوص فقه المذهب الحنفي
في باب النفقة (١) .

أقام المدعى دعواه ضد ولديه المدعى عليهما إبتغاء الحكم عليهما
بنفقتهم وأمرهما بالأداء إليه وإنه بالإستدانة عليهما عند الإمتناع ..

بحث الحكم واقعة الدعوى وما قدمه الطرفان من دفاع ، ثم أورد
القاعدة القانونية التي تحكم النزاع والتي تقرر أن الفقهاء إشتراطوا لوجوب
نفقة الأصل وجود فاصل كسب للفرع تجب فيه النفقة ، ثم ساق نصوصاً
من الفقه في هذا الموضوع منقولة من كتاب الدر المختار لإبن عابدين ، ثم
أنزل الحكم ما إسترشد به من قواعد على هذا النزاع ، فقرر أنه إستبان من
أقوال طرفي الدعوى أن المدعى يتقاضى معاشاً فوق تلك الممتلكات وأن
نفقته في هذه الحالة في ماله ولا تلزم ولديه . وخلص الحكم - صحيحاً إلى
القضاء برفض الدعوى لفقد شرط من شروط الإستحقاق (٢) .

(١) طوخ - جلسة ١٩٧٥/٥/٢٦ القضية ١١٧ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس جزئي .

(٢) بندر دمنهور - ١٩٧٤/١٢/١٤ - القضية ٥٨٧ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئي .

طلب الأب الحكم بفرض نفقة على ولديه الموسرين ...
وبجلسة ١٩٧٣/٤/٢٣ حكمت المحكمة بفرض النفقة ... (١)

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه فيما قال به من أن نفقة الأصل الفقير يجب شرعاً على الفرع الموسر بشروط تحققت في هذه الدعوى لم يبين هذه الشروط ، ولم يعرض من الوقائع والبيانات ما ينشئ عن توافرها وبخاصة فقر الأب وهو شرط الفرض ، بما يعيبه بالقصور .

والحكم في عبارة : (سوى ولديه المدعى عليهما الموسرون) يتردى في أخطاء لغوية لا تقبل من واضعه .

طلبت الأم زيادة المفروض على أولادها لنفقتها بالحكم الصادر في ... ١٩٥٤/٤/٥

وبجلسة ١٩٧٣/٤/٢ حكمت المحكمة غيابياً بالزيادة (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه فيما زاده من النفقة على المفروض منذ سبعة عشر عاماً لم يبحث حالة المحكوم عليهم منذ الفرض السابق ، ولم يتمق من أن الزيادة المفروضة عليهم تقوم على فائض مناسب من كسبهم مما يعيبه بالقصور .

وبجلسة ١٩٧٣/٣/١٢ حكمت المحكمة حضورياً للمدعية على أولادها المدعى عليهم الثلاثة (أبو العلا ، ومحمد ، وأحمد) في كل شهر من ذلك اليوم مبلغ ٣٠٠ جنيه مثالثة بينهم وأمرتهم بالإناء مع المصاريف (٣) .

(١) مصر القديمة - جلسة ١٩٧٣/٤/٢٣ - القضية ٩٤ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس ، والقضايا : ٨٥٦ سنة ١٩٧٢ و ١٣٠ سنة ١٩٢٣ أحوال نفس مصر القديمة ، و ٣٠ و ٤٧ سنة ١٩٧٣ و ١٠٢٨ و ١١٠٤ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس حلوان .

(٢) مصر القديمة - جلسة ١٩٧٣/٤/٢ - القضية ٢١٨ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئي .

(٣) مصر القديمة - جلسة ١٩٧٣/٣/١٢ - القضية ٨٥٦ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئي .

ويؤخذ على هذا الحكم إغفاله ما طلبته المدعية من ترك الخصومة بالنسبة لولدها (سيد) مما كان على المحكمة بحثه ، فلإذا تحقق لها شرطه حكمت على موجب المادتين ١٤١ و ١٤٢ مرافعات بقبول إثباته .

شروط القضاء بنفقات ذوى الأرحام عن مدة سابقة أن تكون مستدانة :

١٤٠- طلبت المدعية - بصحيفة التعديل - الحكم على المدعى بأن يؤدي لها كل شهر من ١٩٧٤/٧/١ ما فرضه على نفسه ومقداره مائة قرشاً لنفقة بينتها أخته لأبيه بمقتضى ورقة عرفية محررة فى ذلك التاريخ وأمره بالأداء إليها والإذن لها بالإستدانة عليه عند الإمتناع والإلزام بالمصاريف .

وبجلسة ١٩٧٤ / ١١ / ١٢ حكمت المحكمة غيابياً للمدعية على المدعى عليه بالإلزامه بأن يؤدي لها شهرياً من ١٩٧٤/٧/١ مائة قرشاً ما فرضه على نفسه لنفقة البنت (...) أخته لأبيه بالورقة العرفية المحررة بذات التاريخ وأمرته بأداء ذلك للمدعية فى مواعيده وأذنتها بالإستدانة عليه عند الحاجة والزمته بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نفقة الطفل المفروضة على غير أبيه تسقط بمضى شهر فأكثر بإعتبارها من نفقات ذوى الأرحام ما لم تكن مستدانة فعلاً بإذن ممن وجبت عليه أو من القاضى ، وكان الثابت بالورقة العرفية سند الدعوى إذن الملزم بها للمدعية بالإستدانة عليه ، فإن الحكم إذ قضى بالإلزام المدعى عليه بأداء هذا المفروض للمدعية من ١٩٧٤/٧/١ دون التثبت مما إذا كانت المدعية قد إستدانت فعلاً المتجمد بالورقة الذى مضى عليه شهر فأكثر فيما قبل تاريخ مصنوره ، فإنه يكون قد خالف القانون .

دعوى بطلب إبطال المقرر بحكم ... والأمر بعد التعرض به .
إستناداً إلى أن القريب المحكوم له بالنفقة على قريبه قد أصبح يكسب ما يكفيه ...

(١) مركز دمياط - جلسة ١٩٧٤/١٠/١٢ - القضية ٤٥ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس .

وبجلسة ١٨/١١/١٩٧٥ قضت المحكمة برفض الدعوى والزمّت المدعى بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) أنه لما كان الأصل في الأحكام الصادرة في النفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها (نقض- جلسة ٢٧/١٠/١٩٦٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١١ - مدني وأحوال - العدد ٣ - ص ٥٤٠) لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد رفضت طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات عناصر الدعوى ، وأعمل الحكم قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها إستناداً إلى أنه سبق أن قضى بتاريخ ٢٢/١٠/١٩٧٤ برفض دعوى إبطال المفروض بين الخصوم أنفسهم مع أن لهذا الحكم حجية مؤقتة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(٢) وعلى منطق الحكم الخاطيء ، فإنه إذا إنتهى في منطقته إلى رفض الدعوى تأسيساً على إعمال قاعدة حجية الشيء المقضي فيه ، وكان لزوم ذلك يقتضي الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، وإذا قضت المحكمة بالرفض فإن حكمها يكون مشوباً بالتناقض .

(٣) وعلى منطقته الخاطيء فإن الحكم أعمل في مدوناته أحكام التقنين المدني الخاصة بحجية الشيء المقضي ، حالة أن المادة ١٠١ إثبات قد ألغت المادة ٤٠٥ مدني ، بما يشوبه بالخطأ في الإسناد .

التكليف الشرعي والقانوني لدعوى إبطال المقرر :

١٤١ - دعوى إبطال المقرر .

طلب المدعى الحكم على مطلقة المدعى عليها بإبطال المقرر لنفقة بنتها (فيغي) أصلاً وزيادة وأجور الحضنة والسكن والخام وأمرها بذلك إعتباراً من ١٢/١١/١٩٧٢ (تاريخ تسليم هذه البنت نفاذاً لحكم الضم) مع

(١) بندر شبيب الكوم - جلسة ١٨/١١/١٩٧٥ - القضية رقم ٦١ سنة ١٩٧٤ شرعي جزئي .

إلزامها بالمصاريف .. حيث ما زالت تتعرض له بتلك المقررات .

ويجلسه ١٨/١١/١٩٧٥ حكمت المحكمة غيابياً للمدعى على مطلقة المدعى عليها بكف يدها عن مطالبتها بالمقرر لتنفقة بنتها (فيفى) أصلاً وزيادة ويدل فرش وغطائها وأجور حضانتها وخادمتها وسكن الحضنة بمقتضى الأحكام إعتباراً من ١٢/١١/١٩٧٢ وأمرتها بعدم التعرض له بهذه الأحكام ولزمت المدعى بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الكف عن المفروض إنما يكون في حالة بقاء الحق مع زوال الصفة في إقتضائه ، أما في حال زوال الحق أصلاً في إقتضاء المقرر ، فإنه يترتب عليه الحكم بإبطال المفروض - لما كان ذلك ، فإن الحكم إذ عد هذه الدعوى - وهي إبطال المقرر لأجرة الحضنة - دعوى كف عنها ، مع أن هذه الأجرة تبطل بإنتهاء مدتها ببلوغ الولد أقصى سن الحضنة المحدد في القانون أو خروجه من يد الحاضنة نزولاً على أحكام الحضنة وقواعد الإجادة في الفقه الحنفي (بذائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للكلبائي - جزء ٤ - في كتاب الحضنة - ص ٤٢ - وكتاب الإجادة - ص ٢٢٢) - وإذا طلب المدعى القضاء بالإبطال ، فأغفل الحكم التكييف القانوني الصحيح بالنسبة لأجرة الحضنة وقضى بالكف عنها ، فإنه - فضلاً عن مخالفته الثابت بالأوراق والطلب الصحيح للمدعى بالنسبة لهذه الأجرة ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (٢) .

(١) بندر دمنهور - جلسة ١٨/١١/١٩٧٥ - القضية رقم ٦٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئي .

(٢) يتسحب هذا المأخذ - من حيث المبدأ - على الحكم الصادر في القضية رقم ٥٣٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئي كثر الدوار جلسة ٢٧/١/١٩٧٥ حيث قضى بالكف عن نفقة البنت المتوفاة ، في حين أن وفاتها مسقط للمفروض ، وكان على المحكمة أن تسبغ على الطلب بالتكييف القانوني الصحيح الذي نوهت عنه في أسباب الحكم وهو سقوط المفروض لتنفقة هذه البنت من تاريخ وفاتها ، والقضية ١٩ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس بكرنس - جلسة ٢٤/٢/١٩٧٥ ، والقضية ٧٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال بكرنس - جلسة ١٥/١/١٩٧٥ .

أقام الأب دعواه (١) ضد مطلقة يتغى بها القضاء له بضم ولديه منها (سعيد) و (تحية) لتجاوزهما أقصى سن حضانة النساء مع إلزامهما بالمصروفات . وافقت المدعى على ضم الولد دون البنت .

قضت المحكمة بضم الولد .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه ولما كان المعمول عليه في تحديد سن الحضانة هو السنة القمرية ، وكان للنساء أن يحضن الصغيرة حتى تبلغ التاسعة من عمرها بالسنوات القمرية ، كما أن للقاضي أن يأنن لهن في حضانتها بعد التاسعة وحتى الحادية عشرة (قبل التعديل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) إذا رأى مصلحتها في ذلك ، ولا خيار له بعد تجاوزها هذه السن ، بل تدفع إلى عصبتها ليقوم على تربيتها وحفظها . إذ كان هذا ، وكانت البنت (تحية) تبلغ يوم الحكم تسع سنوات وشهرين أو خمسة وعشرون يوماً بالسنوات الميلادية ، وتجاوزت بذلك التاسعة من عمرها بالسنوات القمرية ، فإن الحكم إذ قضى برفض ضمها إلى أبيها المدعى بمقولة أنها لم تبلغ أقصى سن الحضانة ودون أن يبين لما إذا كان ذلك إعمالاً للرخصة المخولة للقاضي بين التاسعة والحادية عشرة ، ولا بيان لمصلحة الصغيرة فيما قضى به ، فإنه يكون قاصر البيان .

أقام أب دعواه (٢) ضد إبنته طالبا فرض تكملة نفقة له وللمن يحولهم من زوجة وأولاد من يوم الحكم مع إنته بالإستدانة عليه عند الإمتناع والإزامة بالمصروفات .

قضت المحكمة برفض الدعوى ... تأسيساً على أن المدعى موثر من تجارة الخضروات ، فنفتته في ماله .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) محكمة الخانكة الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ - القضية رقم ٦٥ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس .

(٢) محكمة الخانكة الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٤/٢٣ - القضية رقم ٨٧ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس .

انه لما كانت للأصل الفقير على فرعه الموسر نفقة بقدر كفاية الأصل وفى الفائض الفرع بعد نفقته ونفقة من يعملهم - فإن كان للأصل مال يفي بنفقته كان له فى الفائض من مال فرعه بقدر ما يكمل نفقته ، لما كان ذلك ، وكان الحكم وإن حصل أن للأب المدعى مالاً لم يتعرض لكفاية هذا المال ووفائه بنفقة الأب ولا لما أثاره هذا الأخير من عدم كفايته وإحتياجه إلى التكملة ، فإنه يكون فضلاً عن قصوره قد خالف القانون .

أقام المدعى هذه الدعوى (١) ضد مطلقة طالبها الحكم له عليها بأن تسلمه إبنه منها (حسان) البالغ من العمر ثمانى سنوات .

قضى الحكم بجلسة ١٦/٤/١٩٧٤ غيابياً بالتسليم ليكمل تربيته ويحافظ عليه وأمرتها بذلك والزمتها المصروفات .
ويؤخذ على هذا الحكم :

انه لما كان من حق الصغير والأم أن يبقى الصغير فى حضنة الأم حتى يستقنى عن خدمة النساء وذلك ببلوغه السابعة من عمره بالتقويم القمري، فإذا بلغها كان القاضى بالخيار بين إبقائه فى يد حاضنته أو دفعه إلى أبيه ، ويثبت للقاضى هذا الخيار متى بلغ الصبى التاسعة من عمره . إذ كان ذلك ، وكانت سن الولد يوم الحكم فى الدعوى ست سنوات وتسعة أشهر وخمسة عشر يوماً بالتقويم الميلادى ، وكان الحكم لم يكشف عن حقيقة سن الولد بالتاريخ الهجرى ولا عما إذا كان دفعه إلى أبيه لبلوغه السن أو بناء على الرخصة المخولة للقاضى ، وإنما وقف عند حد القول بأن الولد قارب سن الحضنة ، فإنه يكون قاصر البيان (٢) .

أقامت الأم دعواها (٣) قبل بتيها الأربعة تستأديهم نفقتها عليهم مع

(١) الخانكة الجزئية - جلسة ١٦/٤/١٩٧٤ - القضية رقم ٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس.

(٢) قارن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - فى شأن الحضنة .

(٣) الخانكة الجزئية - جلسة ١٢/٢/١٩٧٤ - القضية رقم ٤٦٧ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس ، وينسحب نفس المأخذ على الحكم رقم ٤٦٢ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس الخانكة ، جلسة ٣٠/٤/١٩٧٤ .

إنها بالإستدانة عند الإقتضاء والزامهم بالمصروفات - تأسيساً على أنها فقيرة وخالية من الأزواج وعدتهم .

قضت المحكمة غيابياً للثاني وحضورياً للباقين بالزامهم بأن يؤدوا للمدعية أربعة جنيهاً شهرياً لنفقتها من يوم الحكم وأذنتها بالإستدانة عليهم عند الحاجة مع المصروفات - تأسيساً على أن نفقة الأصل الفقير على فرعه الموسر وتجب حسب حاله يسراً وعسراً .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كانت نفقة الأصل الفقير على فرعه الموسر بقدر كفايته وفي الفضل الزائد عن حاجة الفرع وحاجة من تجب عليه نفقتهم . لما كان هذا ، وكان الحكم قد فرض للمدعية نفقة على بنيتها وقال أنها تجب عليهم حسب حالتهم يسراً وعسراً ، فإنه يكون قد إنطوى على تقرير قانوني خاطيء - هذا ، إلى أنه إذ بنى ما فرض على المدعى عليه الثاني لنفقة أمه المدعية بناء على ما أدلى به أخوته بشأن حالته بغير بيان لوجه دلالة أقوالهم على حالة وعلى توافر موجب فرض النفقة من فقر المدعية ووجود قاضل في كسب هذا المدعى عليه تجب لها فيه النفقة ، فإنه يكون قاصر البيان .

أقامت أم الصغيرة دعواها (١) ضد عمها تستأنيه زيادة نفقتها من يوم الحكم ، حيث مضى عام على حكم الفرض وكبرت البنت عن وقت الفرض قضى الحكم بالزيادة من تاريخ حكم النفقة .

ويؤخذ على هذا الحكم قضاؤه بما لم تطلبه المدعية إذا إقتصرت على طلب الزيادة من يوم الحكم ، بينما أسند الحكم قضاؤه بالزيادة إلى يوم صدور حكم النفقة .

أقام المدعى هذه الدعوى قبل مطلقة بطلب إبطال المقرر لنفقتها ونفقة صغارها منه لزواجه من آخر وتنازلها عن نفقة الصغار بإقرار . قضى الحكم غيابياً بالطلبات ، تأسيساً على التنازل عن حكم الفرض وتسليم الصغار لأبيهم .

(١) الخانكة الجزئية - جلسة ١١/٣/١٩٧٤ - القضية ٤٦٤ سنة ١٩٧٣ لحوال نفس .

(٢) الخانكة الجزئية - جلسة ٢٣/٤/١٩٧٤ - القضية ٤٩٩ سنة ١٩٧٣ لحوال نفس .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كانت النفقة حقاً للصغير تستأديها الأم عندما تكون لها اليد عليه لإنفاقها في شئونه وكان لا يجوز للأم النزول عن النفقة المقررة لصغيرها ، فإن الحكم إذ اعتد بنزول الأم المدعى عليها عن نفقة صغارها المفروضة على أبيهم المدعى ورأى ذلك موجباً لإسقاطها عنه يكون قد بنى على تقرير قانونى خاطيء .

أقامت الزوجة دعواها (١) ضد زوجها وأبيه طالبة إلزام الأول مدينًا والثاني ضامناً برد أعيان جهازها الموضحة بالصحيقة وقائمة الجهاز إن كانت قائمة أو دفع قيمتها وقدرها ١١٢,٥٠٠ جنيهاً إن كانت هالكة أو مستهلكة مع إلزامهما بالمصروفات .

صادق المدعى عليهما على الدعوى عنا المصروفات فذهب إلى أنها تسلمتها منهما .

وبعد التحقيق قضت المحكمة حضورياً بالطلبات - تأسيساً على أن الجهاز يعتبر أمانة في يد الزوج والضامن يلزمان برده عند طلبه وإلا اعتبر غاصبين ، والغاصب يلزم شرعاً برد العين المقتضية إلى صاحبها .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كانت منقولات الزوجية تودع بيت الزوجية رهن الإستعمال المشترك للزوجين ، مما مفاده أن للزوج عليها حق الإستعمال طالما بقيت الزوجية ما لم يحدد الإتفاق وقتاً آخر لردّها فإن لم يوجد مثل هذا الإتفاق إرتهن ردها بإنقصاص عرى الزوجية وبات طلب الزوجية ردها قبل هذا الأوان غير مقبول - لما كان ذلك ، وكانت القائمة التى تحكم علاقة الطرفين قد دخلت من أوان لرد المنقولات ، وكان البين من وقائع الدعوى أو الزوجية لا زالت قائمة ، فإن الحكم إذ رأى أوان رد المنقولات قد أن بمجرد طلب المدعية يكون قد أخطأ فى القانون الواقع فى الدعوى .

(١) الخانكة الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ - القضية ٤٦ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس .

اتّامت المدعية دعواها (١) ضد المدعى عليه طالبة حبسه لإمتناعه عن دفع متجمد نفقتها ونفقة صغارها بالحكم رقم ٢٣٢ سنة ١٩٧٠ لحوال شخصية الخانكة .

حضر المدعى عليه (وجاء بمحضر الجلسة أنه صادق على الدعوى) ، وأمرته المحكمة بدفع المبلغ المتجمد ، فلم يدفع ، وصعمت المدعية على حبسه .

حكمت بحبسه ثلاثين يوماً بحيث إذا دفع لها المبلغ أو قدم لها كفيلاً مقتدرًا أو طلبت هي الإفراج عنه يفرج عنه فوراً .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- مخالفته الثابت بالأوراق ، إذ حصل أن المدعى عليه صادق على الدعوى ، والحال أن محضر الجلسة - التي حضر فيها المدعى عليه وأمره فيها بالدفع - قد خلا مما يفيد مصداقته على الدعوى .

٢- أنه لما كانت المادة ٢٤٦ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ تشترط للحكم بالحبس للإمتناع عن تنفيذ الحكم بالنفقة أو الأجور أن تثبت قدرة المحكوم عليه على القيام بما حكم به وقت التنفيذ ، وكان لا يكفي لإثبات هذه القدرة يسار المحكوم عليه وقت الحكم بفرض النفقة ، فإن الحكم إذ عول في إستنباط قدرة المحكوم عليه على يساره وقت فرض النفقة المنفذ بها يكون قد شابه الفساد في الإستدلال والخطأ في القانون .

٣- أنه لما كان كل ما يشترط في الكفيل الذي يقدمه المحكوم عليه بالنفقة أو الأجور في معنى المادة ٢٤٧ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ أن ترضى به المحكوم لها فإن الحكم إذ إشتراط في الكفيل فوق رضا المحكوم لها أن يكون مقتدرًا يكون قد خالف القانون .

اتّامت المدعية هذه الدعوى (٢) بطلب فرض نفقة زوجية وصغير ... قضت المحكمة غيابياً بالفرض .

(١) الخانكة الجزئية - جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ - القضية ٤ ، سنة ١٩٧٤ لحوال نفس الخانكة .

(٢) تلا الجزئية - جلسة ١٩٧٥/٨/٢١ - القضية ٢٥٨ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى -

ويؤخذ على هذا الحكم:

- ١- لما كانت المادة ٨٣ مرافعات قد نصت في فقرتها الثانية على أنه لا يجوز للمدعى أن يبدى في الجلسة التي تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو يعدل أو يزيد أو ينقص من الطلبات الأولى ، وكانت المدعية قد قصرت دعواها على طلب قرض نفقة لها بأنواعها الثلاثة دون بدل الفرش والغطاء من تاريخ رفع الدعوى وبغير أن يعلن المدعى عليه بهذا التعديل مع وجوب هذا الإعلان فإن الحكم إذ إلتفت عن هذا يكون قد خالف القانون .
- ٢- خلوه من بيان وجه إستظهاره لحالة المدعى عليه وقدرته على أداء النفقة المفروضة ، حال أن تقدير النفقة يكون حسب حال الزوج يسراً وعسراً مما يشوبه بالقصور .

- ٣- لما كان الثابت من صحيفة الدعوى أن المدعية طلبت قرض نفقة لها على زوجها المدعى عليه بأنواعها الثلاثة مع بدل فرشها وغطائها ، وإذ أورد الحكم في مدوناته أن المدعية طلبت الحكم بفرض نفقة لها بأنواعها الثلاثة فقط ، فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق .

أقام المدعى دعواه (١) بطلب الحكم بإبطال نفقة أقارب وأمر المدعى عليه بعدم التعرض له به مع إلزامه بالمصاريف - تأسيساً على أنه أصبح معسراً وفقيراً ، وأن المدعى عليه يكسب ما يكفيه من بيع أوراق الأيانصيب . تمسك المدعى عليه بحكم صدر في طلب مماثل قضى برفض الدعوى قضت المحكمة برفض الدعوى أخذاً بنفاذ المدعى عليه .

ويؤخذ على هذا الحكم :

- ١- أنه لما كان الأصل في الأحكام الصادرة في النفقة أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما تقبل التغيير والتبديل ، وترد عليها الزيادة والنقصان

-تلا- وينسحب هذا المأخذ على أحكام عديدة صدرت من محاكم : تلا ، ويندر شبين الكوم ، والشهداء صدرت في شهرى نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٧٥ .

(١) بندر شبين الكوم - جلسة ١٨/١١/١٩٧٥ - القضية ٦١ سنة ١٩٧٤ شرعى جزئى .

بسبب تغيير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغيير نواحيها .
(نقض - جلسة ١٠/٢٧/١٩٦٠ - مجموعة المكتب الفني -
السنة ١١ - مدني وأحوال - ص ٥٤٠) .

لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد رفضت الإحالة إلى التحقيق لإثبات
عناصر الدعوى ، وأعمل الحكم قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة
الفصل فيها إستناداً إلى أنه سبق أن قضى برفض دعوى إبطال المفروض
بين الخصوم أنفسهم ، مع أن لهذا الحكم حجية مؤقتة ، فإنه يكون قد
خالف القانون وخطأ في تطبيقه .

٢- وعلى منطق الحكم الخاطيء فإنه إذا إنتهى في منطوقه إلى رفض
الدعوى تأسيساً على إعمال قاعدة حجية الشيء المقضي فيه ، وكان لزوم
ذلك يقتضى الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، وإذا
قضت المحكمة بالرفض ، فإن حكمها يكون مشوباً بالتناقض .

٣- وعلى منطق الخاطيء فإنه أعمل في مدونات أحكام التقنين المدني
الخاصة بحجية الشيء المقضي ، حالة أن المادة ١٠١ من قانون الإثبات قد
ألغت المادة ٤٠٥ من التقنين المدني ، بما يشوبه بالخطأ في الإسناد .

أقامت جدة الصغار لأمهما - بعد وفاة الأخير - الدعوى (١) بطلب
فرض نفقة للصغار على أبيهم وأجر حضانة من ١٠/٥/١٩٧٤ .
قضت المحكمة بالنفقة وبأجر الحضانة من يوم الحكم
١٩٧٥/١١/١٨ .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كانت المدعية قد طلبت أجر حضانة للصغار من تاريخ
١٩٧٤/١٠/٥ ، وكان الحكم قد قضى برفضها من يوم صدوره ، فإنه
يكون قد أغفل الفصل في شق من طلباتها .

(١) بندر شابين الكرم الجزئية - جلسة ١١/١٨/١٩٧٥ - القضية ٢٧٣ سنة ١٩٧٥
شرعي جزئي .

أقام الأب دعواه (١) على إبنته بطلب إلزامه بأداء ما فرضه على نفسه
نفقة أبيه المدعى بالورقة العرفية وقدر ذلك خمسة جنيهاً شهرياً (اعتباراً
من ١٩٧٤/٨/١٩ نفقة بجميع أنواعها وأمره بالأداء والإذن بالإستدانة عليه
عند الحاجة .

قضت المحكمة بالطلبات - وأوردت في مدونات قضائها أن ...
المنصوص عليه فقهاً أن نفقة القريب تسقط بمضى المدة ولو بعد القضاء
والرضا ، ما لم تكن مستدانة بأمر القاضي . وعليه فلو مضت مدة سقطت
بخلاف نفقة الصغير ... وطبقاً للنصوص الفقهية يتعين القضاء للمدعى
من يوم الحكم مع الإذن بالإستدانة على المدعى عليه .

ويؤخذ على هذا الحكم :

أنه لما كان الحكم قد أورد في أسبابه أنه يتعين طبقاً للنصوص الفقهية
الحكم للمدعى بالنفقة من يوم الحكم مع الإذن بالإستدانة على المدعى عليه
، ثم أورد في منطوقه القضاء للمدعى بالنفقة من ١٩٧٤/٨/١٩ وهو
التاريخ الذي فرض المدعى عليه على نفسه النفقة للمدعى الثابت بالورقة
العرفية سابقاً على الحكم في الدعوى (١٩٧٥/١٢/٤) - لما كان ذلك ، فإن
الحكم يكون مشوباً بالتناقض .

طلبت المدعية بدعواها (٢) أمر المدعى عليه بأداء متجمد النفقة وقدره
رحبسه عند الإمتناع .

أمرته المحكمة بالأداء ، وأعلن الأمر إليه .

وبجلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ قضت بحبسه ثلاثين يوماً .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- أنه لما كانت شرط القضاء بحبس المحكوم عليه المعامل في دفع

(١) تلا الجزئية - جلسة ١٩٧٥/١٢/٤ - القضية ٢٤٠ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى تلا.
(٢) مركز شبين الكوم - جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ - القضية ٧٣ سنة ١٩٧٥ شرعى
(حبس) - وينسحب هذا المأخذ على أحكام صادرة في نوفمبر وديسمبر سنة
١٩٧٥ من محكمتى الشهداء وتلا (فى قضايا الحبس) .

الدفقة طبقاً لنص المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ أن يكون قادراً على أدائها ويمتنع رغم أمره بالأداء ، ولئن كان للقاضي سلطة إستظهار هذه القدرة ، إلا أنه ينبغي أن يستقيها من مظانها الصحيحة ، بحيث إذا إكتفى الحكم في صدد إثبات هذه القدرة بمجرد القول بأنها ثابتة من حكم الفرض السابق مع أن يسار المرء يتغير من وقت لآخر ، وأن حكم الفرض إذ دل على قدرة المحكوم عليه على أداء المفروض ، فإنه لا يفيد قدرته على أداء المتجمد منه عند الحكم بحبسه - وإن خالف هذا النظر وقضى بالحبس معتدلاً بقدرة المحكوم عليه الثابتة بحكم الفرض ، فإنه يكون مشوباً بالقصور وبالفساد في الإستدلال .

٢- مخالفته القانون ، بإشتراطه أن يكون الكفيل الذي يقدمه المحكوم عليه بالحبس مقتدرًا ، حال أن نص المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية لا يستلزم ذلك .

مادة إثبات وفاة وورثة (١) ...

إستمعت المحكمة فيها إلى الشاهد الأول ، ودرت أقواله بمحضر التحقيق وإكتفت بالنسبة للشاهد الثاني بإثبات أن شهادته تطابق تماماً شهادة الشاهد الأول .

أصدرت المحكمة قرارها بإثبات الوفاة والورثة .

ويؤخذ على هذا القرار :

عدم إثباته أقوال الشاهد الثاني في موضوع الشهادة بعد سماعه شهادة الشاهد الأول ، حين أن المقرر قانوناً (المواد ٣٥٩ من المرسوم ٧٨ لسنة ٣١، ٨٧، ٩١، ٩٣ إثبات) أن يكون أداء كل شاهد لشهادته بغير حضور باقي الشهود ، وأن تثبت إجابات الشهود في المحضر ، ثم تتلى على الشاهد أقواله ويوقعها، وأن يذكر بالمحضر ما أبداه الشهود وما يفيد

(١) مركز شبين الكوم - وراثات - المادة رقم ٣٣٦ سنة ١٩٧٥ وراثه ، وينسحب نفس المأخذ على مواد صانعة خلال شهرى نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٧٥ من محكمة مركز شبين الكوم .

تحليفهم اليمين - وإذا خالف القرار هذا النظر ، فإنه يكون مشوباً بمخالفة القانون .

التكييف الصحيح لطلب إبطال نفقة مفروضة ، للوفاة :

أقام المدعى دعواه (١) - بعد القصر - بطلب الحكم بإبطال المفروض لنفقة زوجته المتوفاة من تاريخ وفاتها فقضى له ...

ويؤخذ على هذا الحكم:

خطؤه في تطبيق القانون حين قضى بإبطال نفقة الزوجة لوفاتها ، لأن الإبطال إنما يرد على ما هو قائم ، وإذا كانت النفقة المفروضة رضاء أو قضاء تسقط بوفاة المحكوم له أو عليه ، فإن الحكم إذ سائر المدعى في تكييفه الدعوى بالإبطال ، حالة أن من واجب المحكمة إسباغ التكييف القانوني على الدعوى ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

الحضانة وأجر الحضانة :

١٤٢- قيل أن نتكلم في أحكام أجر الحضانة نعرض للتعريف بأحكام الحضانة ذاتها وفقاً للأصول الشرعية ، وفي حدود هذه القواعد الإجرائية التي خصصناها بهذا البحث .

فقد عرف الفقهاء الحضانة بأنها تربية الطفل والقيام بشئونه في سن معينة ، ممن له حق في تربيته من محارمه (١) .

وفي طلب المدعى الحكم بضم بنتيه إليه ليحافظ عليهما مع إلزامهما بالمضاريف واتعاب الحمامة ، بناء على أن الأولى سنها تسعة عشر عاماً والأخرى سنها خمسة عشر عاماً ، وأن كلا منهما بكر ، وأنه يهتفي المحافظة عليهما .

(١) شبرا الخيمة الجزئية - جلسة ٢٧/٤/١٩٧٥ - القضية ٧٧١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

(٢) الأحوال الشخصية - الأستاذ الجليل المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف - من ١٧٧ ، وأحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي - للدكتور محمد يوسف موسى .

حضرت المدعى عليهما بجلسة المرافعة وأقرتا ببينوتهما للمدعى ملتصبتين رفض الدعوى لأنهما بلغتا بالسن والعلامات ، وقد إختارتا الإقامة مع أمهما ، والأمر لإختيارهما بعد البلوغ .

إستعرض الحكم واقعة الدعوى ، وما دار بين الخصوم من دفاع ، وحصر موطن النزاع بين طرفي الدعوى فيمن يخير من الأولاد فى الإقامة ، ثم ساق حكم الأصول الشرعية فى هذا الشأن ، فقال إن المنصوص عليه فى فقه المذهب الحنفى أنه إذا بلغت مبلغ النساء فإن كانت بكرًا ضمها الأب إلى نفسه ، إلا إذا دخلت فى السن واجتمع لها رأى فتسكن حيث أحببت إذ لا خوف عليها ، وإن كانت ثيبًا لا يضمها إلا إذا لم تكن مأمونة على نفسها . فللأب والجد ولاية الضم لا لغيرهما ، وأن هذا الحق للأب فى شأن البنت البكر مقرر ولو لم يخف عليها الفساد مادامت حدثت فى السن ، وأنه لما كان الثابت أن البنيتين فى مقتبل العمر وكل منهما بكر وكان هذا هو حكم القانون الواجب التطبيق ، فإنه لا خيار لهما فى الإقامة ، بل يقيمان جبراً عنهما مع والدهما المدعى وفى رعايته (١) .

وفى دعوى ضم مقامة من عم شقيق إبتغاء ضم ابنة شقيقه المتوفى لتجارتها سن الحضانة ولزواج أمها بأجنبى .

إستعرض الحكم واقعة الدعوى وما قدمه من أوراق وبينة ، مستخلصاً ما أنبأت به هذه الأدلة وإنطباقها على النزاع ، ثم أورد للقاعدة القانونية التى تقضى بتسليم الصغيرة لعاصبتها المحرم متى بلغت التاسعة من العمر ، مسترشداً فى هذا بما نقله عن كتاب الدر المختار فى الفقه المحقق ، مبيناً شمول هذه القاعدة لواقعة النزاع ، وأن من مصلحة هذه الصغيرة أن تصير إلى يد عمها الشقيق المدعى بعد أن أثبتت بالبينة أمانته عليها وقدرته على رعايتها (٢) .

وفى دعوى ضم صغيرة ...

(١) أبو المطامير - جلسة ١٩٧٥/١/٢٦ - القضية رقم ٤ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس جزئى .

(٢) كفر الدوار الجزئية - جلسة ١٩٧٤/١٢/١٦ - القضية رقم ٣٧٨ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

وبجلسة ٢٧/١/١٩٧٥ قضت المحكمة برفض الدعوى .. (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان من المقرر أن حضانة النساء للصغيرة إنما تنتهى بإستغنائها عن خدمتهن ، وقدرت سن الإستغناء بتسع سنوات ، ويجوز للقاضى أن يأتى بإستمرار حضانة النساء للصغيرة إذا كانت ما زالت فى حاجة إلى خدمتهن - لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الصغيرة وإن بلغت التاسعة من عمرها إلا أنه قد خلا الحكم من وجهة حاجتها إلى خدمة النساء ، وبه يكون الحكم قد شابه القصور المبطل .

وفى دعوى من مطلقة بطلب فرض ... وأجر مسكن الحضانة وجلسة ٢٠/١/١٩٧٥ قضت المحكمة بالطلبات (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان المتصوص عليه شرعاً أن الحاضنة تستحق أجر مسكن الحضانة إذا لم يكن لها مسكن مملوك تسكن فيه أو لم تكن متزوجة بمحرم ، وكانت تستحق مع الصغير بالأجر - وإذا لم يستظهر الحكم شرط إستحقاق الحاضنة لأجر الحضانة ، بل جاء مطلقاً القول بإستحقاقها لأجرة مسكن الحضانة ، فإنه يكون فضلاً عما شابه من قصور قد أخطأ فى القانون وتطبيقه .

وفى دعوى بطلب فرض نفقة صغيرين وأجر حضانة ، مقامة من الجد لأم الحاضنة لهما من بعد وفاة أم الصغيرين صادق للمدعى عليه على الدعوى .

وفرض الطرفان الرأى للمحكمة فى تقدير ما يفرض .

وبجلسة ١٨/١١/١٩٧٥ قضت المحكمة حضورياً بالنفقة وبأجر الحضانة من يوم الحكم .. (٣) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المدعية قد طلبت أجر حضانة الصغيرين من تاريخ ٥/١٠/١٩٧٤ وكان الحكم قد قضى بفرضها من يوم

(١) فوه - جلسة ٢٧/١/١٩٧٥ - القضية ٢٤٠ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس جزئى .

(٢) فوه - جلسة ٢٠/١/١٩٧٥ - القضية ١٩٢ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس جزئى .

(٣) شبين الكوم - جلسة ١٨/١١/١٩٧٥ - القضية ٢٧ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى .

صدوره فإنه يكون قد أغفل الفصل في شق من طلباتها .

وفي دعوى مقامة من المدعى ضد مطلقة بان تسلمه ابنه (حسان) البالغ من العمر ثمانى سنوات ...

وبجلسة ١٩٧٤/٤/١٦ قضت المحكمة غيابياً للمدعى على المدعى عليها بان تسلمه الولد (حسان) ليكمل تربيته ويحافظ عليه وأمرتها بذلك والزمته بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان من حق الصغير والأم أن يبقى الصغير فى حضانة الأم حتى يستغنى عن خدمة النساء وذلك ببلوغه السابعة من عمره بالتقويم القمري ، فإذا بلغها كان للقاضى بالخيار بين إبقائه فى يد حاضنته أو دفعه إلى أبيه ويثبت للقاضى هذا الخيار حتى يبلغ الصبى التاسعة من عمره ، وإذا كان ذلك ، وكانت سن الولد يوم الحكم ست سنوات وتسعة أشهر وخمسة عشر يوماً بالتقويم الميلادى ، وكان الحكم لم يسفر عن حقيقة سن الولد بالتاريخ الهجرى ولا عما إذا كان دفعه إلى أبيه لبلوغه السن أو بناء على الرخصة المخولة للقاضى ، ووقف عند حد القول بأن الولد قارب سن الحضانة فإنه يكون قاصر البیان .

وفي دعوى مطالبة بأجر حضانة ...

قضت المحكمة به من يوم الحكم ... (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت القاعدة أن الأم تستحق أجره عليها ما دامت لا تستحق نفقة زوجية أو نفقة عدة على أبى الصغير ، وهذه الأجرة نظير عمل تقوم به الحاضنة ، فهي تستحقه من وقت قيامها بالحضانة بدون توقف على قضاء القاضى وتكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وكانت المدعية قد طالبت بأجرة الحضانة من ١٩٧٤/٣/١٥ لإنتضاء عدتها من المدعى عليه وقدمت إشارات طلاقها الدال على وقوع الطلاق بتاريخ ١٩٧٢/٢/١٠ وكان الحكم قد قضى بفرض

(١) الخانكة - جلسة ١٩٧٤/٤/١٦ - القضية ٩ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس جزئى .

(٢) طهطا - جلسة ١٩٧٤/٣/١٩ - القضية ٦٦٦ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس .

الحضانة من تاريخ الحكم فحسب ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القاعدة الشرعية .

وفى دعوى يطلب ضم الصغيرين (سعيد) و (تحية) .

قضت المحكمة حضورياً بجلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ للمدعى على المدعى عليها بضم الولد (سعيد) إليه ليكمل تربيته ويحافظ عليه وأمرتها بذلك والزمها بالمصروفات ورفضت الدعوى فيما عدا ذلك (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان المعول في تحديد سن الحضانة هو السنة القمرية ، وكان للنساء أن تحضن الصغيرة حتى تبلغ التاسعة من عمرها بالسنوات القمرية ، كما أن للقاضي أن يأنن لهم في حضانتها بعد التاسعة وحتى الحادية عشرة إذا رأى مصلحتها في ذلك ، ولا خيار له بعد تجاوزها هذه السن ، بل تدفع إلى عصبتها ليقوم على تربيتها وحفظها ، وإذا كان ذلك ، وكانت البنت (تحية) تبلغ يوم الحكم تسع سنوات وشهرين وخمسة وعشرين يوماً بالسنوات الميلادية ، وتجاوزت بذلك التاسعة من عمرها بالسنوات القمرية ، فإن الحكم إذ قضى برفض ضمها إلى أبيها المدعى بمقولة إنها لم تبلغ أقصى سن الحضانة ونون بيان لما إذا كان ذلك إعمالاً للرخصة المخولة للقاضي بين التاسعة والحادية عشرة ولا بيان لمصلحة الصغيرة فيما قضى به ، فإنه يكون قاصر البيان .

وفى دعوى ضم الصغير إلى والده ...

بحث الحكم قواعد ضم الصغير لأبيه قائلاً إن المقرر شرعاً أن الغلام متى بلغ حداً يستقل فيه بخدمة نفسه بعض الإستقلال ، وذلك بأن ياكل وحده وأن يخلط نفسه وملابسه وحده ، وكان عارياً من الأثاث والعلل ، وجب ضمها إلى والده ولو جبراً عليه ، وقدر الإمام الخصاص من فقهاء الحنفية ذلك بسبع سنين ، وقدره بعضهم بتسع سنين ، والفتوى على الرأي الأول ، سواء كانت الحاضنة هي الأم أم غيرها من الحاضنات ، وقد راعى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كلاً من التقديرين في المادة ٣٠ منه ،

(١) الخانكة - جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ - القضية ١٥ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس جزئى .

فجعل السبع سنين حداً اننى وجعل التسع حداً أعلى ، وللقاضى ان يحكم فى ذلك بما يراه مصلحة الصغير على حسب ما يرى من حاجته وقوته وضعفه ، ذلك لأن للصغير متى بلغ حد الإستغناء يحتاج إلى نوع آخر من التربية والتعليم ، والتدريب والتخلق بأخلاق الرجال ، وهذه مهمة الرجل يقدر فيها على ما لا تستطيعه المرأة (١) .

وفى دعوى بطلب ضم صغير ...

اتهامها المدعى ضد حاضنة صغير (ود) ... مقررًا فى صحيفتها أن الولد المذكور بلغ تسع سنوات وهى أقصى سن الحضانة ... ويهيمه أن يتولى رعايته ، وإكمال تربيته ...

تداولت القضية بالجلسات ...

ولم تحضر المدعى عليها ...

وبجلسة ٢٦/١٠/١٩٧٥ حكمت المحكمة غيابياً للمدعى على المدعى عليها بإلزامها بأن تسلمه ولدهما (ود) لإكمال تربيته ورعايته وأمرتها بذلك .. (٢) .

(١) القضية ٦٥٠ سنة ١٩٧٥ شومى بندر الزقازيق .

(٢) فارسكور جلسة ٢٦/١٠/١٩٧٥ القضية ٣٥٩ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس ، والقضية ٣٣٠ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس فارسكور - جلسة ٢/١١/١٩٧٥ والأحوال الشخصية الدكتور عبد العزيز عامر طبعة ١٩٥٨ - نبذة - ص ١٩١ ، وأحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية - للشيخ عمر عبد الله - ص ٨٤ وحاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٥٦٠ ، والأحوال الشخصية - حقوق الأولاد والأقارب للأستاذ محمد الحسينى حنفى - طبعة ٤ - ١٩٦٧ ص ١٩٧ ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - للمستشار محمد الدجوى - طبعة ١ - ص ٣٦٥ ، والمرجع الوائى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضى أنور العمروسى - ص ٣١٤ ، والوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام - للشيخ محمد سلام مذكور - طبعة ١٩٧٥ - ص ٦٥٤ وما بعدها ، والولاية على النفس ، ولاية التربية والحفظ - للدكتور أحمد قراج حسن - مذكرات على الآلة الناسخة لقسم المكتواه - ص ٢٧ وما بعدها ، وشرح قانون الأحوال الشخصية العراقى - للقاضى علاء الدين خروقة - الجزء ٢ - ص ٢٠٧ وما بعدها ، والمبادئ القضائية لمحكمة الإستئناف الشرعية الأرنبة - للأستاذ محمد حمزة العربى - طبعة ١٩٧٣ - ص ١٠٨ وما بعدها .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه إشتعل على تقرير قانونى خاطيء ، حيث
قاس سن الصغير بالتقويم الميلادى ، حالة أن الصحيح فى القانون حسابها
بالتقويم الهجرى ، لأن الشهور العربية هى الأصل والحساب بها ميسور ،
وتنقص السنة فيها ١١ يوماً عن السنة الميلادية ، وذلك بالتطبيق لنص
المادتين ٢٠ و ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

والحضانة بهذه المثابة عمل ، والنساء أقدر من الرجال على أداء هذه
المهمة ، وأم الصغير أولى من أبيه ومن سائر محارمه متى توافرت فيها
الشروط الشرعية ، لأن الأب يعهد عادة بالطفل إلى زوجته ، وأم الصغير
أكثر شفقة ، وأوفر حناناً وأبلغ عطفاً (١) .

-
- (١) وقضى بأن إعمال حاضنة الصغير له إجمالاً أدى إلى حصول حوادث له سببت
عاهات بجسمه ، يؤدى إلى إنتقال حق الحضانة إلى من يليها شرعاً فى الترتيب
لحفاظ عليه وترعاه (بلقاس الجزئية - جلسة ١٩٦٦/٢/٢ - القضية ٢١٥ سنة
١٩٦٥ أحوال نفس) . وقضى بأن جدة الصغار لأهمهم الكثيرة الخروج لولاً فى غير
عمل مشروع وازدياد السيئما لولاً فى غير مبالاة بسنها ولا بالبيئة التى نشأت
وتعيش فيها ، وما ثار حول سلوكها وطباعها وقصة إنحرافها مع شاب وزواجها
منه بقسم الشرطة قبل الفجر ، وإعمالها للصغار ، كل ذلك كاف فى التذليل على
عدم أمانتها (دمياط الابتدائية - جلسة ١٩٦٣/١٢/١٢ - القضية ٢٧ سنة ١٩٦٣
أحوال مستأنف) . وقضى بأن منار حضانة الصغير على مصلحته ، وأن أم
الصغير مقدمة على جدته لأبيه وهذا الحق مقرر حتى يبلغ الصغير سن الحضانة
، ولا يسقط بالإسقاط وتجبر الأم عليه حتى لا يتحقق هلاكه . أما فسق أم
الصغيرة أو زواجها بأجنبى أو إحترافها للرقص ونحوه فلا يسقط حقها فى
الحضانة طالما كانت الصغيرة نون سن التمييز ، فليست الحاضنة المسلمة
الفاسقة فى ذلك بلحظ شأنها من المجوسية أو الكتابية (بلقاس الجزئية - جلسة
١٩٧٠/٤/٢٩ - القضية ٤٢ سنة ١٩٧٠ أحوال نفس) ، بينما قضى بأن إحتراف
والدة الصغير للرقص مسقط لحقها فى الحضانة (القاهرة الابتدائية الشرعية -
جلسة ٢٢ يونية ١٩٤٩ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ١ و ٢ -
ص ٧٩) وإن طلب الخصم مما يتجدد ، فجب سماع دعوته وإن يثبت على أسباب
مشابهة للأسباب التى تقدم بها من قبل (القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة
١٩٢٢/٣/٢٢ - المرجع السابق السنة ٢٢ - العدد ١ و ٢ - ص ٦١) ، وإن للجمعية
الحق فى حضانة الصغير المسلم إن كان لا يعقل يئناً أو يخاف عليه أن يالف
الكفر أو تعلمه الحاضنة ما لا يجوز لمسلم أن يتناوله (إستئناف الإسكندرية
- جلسة ١٩١١/١/٢٦ - المحاماة - السنة ٤١ - العدد ٨ - ص ١٧٧٤ -

يدل على احقية الأم وأولويتها على صغيرها في أيامه الأولى دلائل ثلاثة : السنة ، والإجماع ، والمعقول .

فقد روى أن امرأة جاءت إلى الرسول ﷺ ، وقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجرى له حواء وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أن ينتزعه مني فقال عليه الصلاة والسلام : « أنت أحق به ما لم تنكحي » أي ما لم تتزوجي برجل آخر .

كما دل الإجماع على أولوية المرأة من أن عمر بن الخطاب رضی الله عنه تنازع مع زوجته أم جميلة - بعد أن فارقتها - بشأن حضنة ابنها (عاصم) فخاضعها بين يدي أبي بكر ، فقال له أبو بكر : « ريحها ومسها خير له من الشهد عندك » ولم ينكر أحد من الصحابة الحاضرين ما قضى به الصديق رضی الله عنه .

وقد قال ابن قدامة في أولوية الأم في الحضنة من غيرها : « .. ولأنها أقرب إليه وأشفق ، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضنة بنفسه . وإنما يدفعه إلى إمرأته ، ولأنه أولى به من إمرأة أبيه » .

والإجماع على أولوية الأم في تربية الطفل ما دامت قد توافرت فيها الشروط التي تجعلها أهلاً للحضنة ، فلكل من الحاضنة والمحضون له حق في الحضنة ، إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة ، فإن أسقطت حقها في الحضنة بإقرار بقي حق الصغير قلثاً (١) .

وقضت المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأن :

- ونفس المبدأ ، ذات المحكمة - المرجع السابق - جلسة ١٩٦١/٤/٦ - العدد ٤ - ص ٥١٤ وما بعدها) ، وقضى بأن العمى لا يمنع من رعاية الطفل والإشراف على تربيته والمحافظة عليه وبخاصة إذا بلغ أقصى سن الحضنة ، راجع ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٨٧١ ، (بلفاس الشرعية - جلسة ١٩٥٥/١/٢٤ - القضية ٢١٠ سنة ١٩٥٤ أحوال نفس .

(١) جرجا الشرعية - جلسة ١٩٢٢/٧/٢٢ المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٢ - ص ١٧١ .

و للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك (١) .

ويؤكد ذلك للقاضي اللبناني الدكتور مصطفى الرافعي في رسالة الدكتوراه المقبولة لجامعة باريس (الطلاق في القانون الإسلامي الوضعي) (٢) ، حيث يقول في فصل (حضانة الصغار - La garde des enfants) ما معناه .

أن حضانة الصغير الذي لم يتجاوز السابعة والصغيرة التي لم تتجاوز التاسعة مقررة للمرأة - وقد سن المشرع الإسلامي هذا التحديد مراعاة لمصلحة الصغار . إذ يكونون في هذه السن في حاجة ماسة لرعاية أمهم أكثر من حاجتهم إلى أبيهم ، إلا إن هذا الحق مشروط بعدم زواج الأم أو الأب بأجنبية عن الصغار ، ففي هذه الحالة . ينتقل حق حضانة الصغار إلى جدة الصغار لأهمهم .

لقد رخص القانون المذكور للقاضي أن يأذن ببقاء الصغير متى بلغ سبع سنين والصغيرة متى بلغت تسع سنوات في يد الحاضنة من النساء ، إذا دعت مصلحته أو مصلحتها لذلك .

ومصلحة الصغير تتحقق رعايتها متى تجاوز السن المحددة قانوناً ، وكان مريضاً أو مجنوناً أو معتوهاً أو ضعيفاً بحيث لا يستطيع الإستفادة عن النساء .

وهذه الحالات تستظهرها المحكمة من مشاهدة الصغير والصغيرة

(١) مركز دمياط الجزئية - جلسة ١٩٦٧/٦/٧ - القضية ٧٠ سنة ١٩٦٧ لحوال نفس ، ودمياط الابتدائية - جلسة ١٩٦٢/٢/٢٤ القضية ٦ سنة ١٩٦٢ لحوال مستأنف - وبندر المنصورة - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٦ القضية ٥٦٥ سنة ١٩٦١ لحوال نفس ، وبلغاس الجزئية - جلسة ١٩٧١/١٠/٣١ - القضية ٩٠ سنة ١٩٧١ لحوال نفس .

(٢) La Repudiation dans le droit positif de l'islam. Thèse, paris, 1930, p.53. (٢)

ومن مناقشة كل منهما بالجلسة أو من تقارير الخبراء الطبيين أو النفسين.

١٤٣- أما كيفية احتساب مدة الحضانة فإن الراجح في المذهب الحنفي أن تحتسب بالسنوات الميلادية طبقاً للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠. أما المادة ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩^(١) فلم يرد بها ما يدل على طبيعة احتساب سن الحضانة غير أن المفهوم من نص المادة ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تقول :

« المراد بالسنة في المواد من ١٢ إلى ١٨ هي السنة التي عدد أيامها ٣٦ يوماً ، وما جاء بالملزمة الإيضاحية الخاصة بها أن حساب مدة الحضانة يكون بالسنتين الهجرية لأنه أمر ميسور ، كما أن هناك فرقاً في حسابها عن السنة الميلادية مقداره ١١ يوماً في السنة ، فالسنتين عند الفقهاء تحتسب بالأهلة ، لأن الشهور العربية هي الأصل (٢) . »

(١) وجاء بالملزمة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في شأن المادة ٢٠ أن العمل جرى على أن حق الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنوات وبلوغ الصغيرة تسعاً وهي سن دلت التجارب على أنها قد لا يستغنى الصغير والصغيرة فيها عن الحضانة فيكونان في خطر من ضمهما إلى غير النساء ، خصوصاً إذا كان متزوجاً بغير أمها ، ولذلك كثرت شكاوى النساء من إنتزاع أولادهن منهن في ذلك الوقت ، ولما كان المعمول به في مذهب الحنفي أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الإستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إلى أبيها عند بلوغ حد الشهوة ، وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها الإستغناء بالنسبة للصغير ، فقدها بعضهم بسبع سنين وبعضهم قدرها بتسع ، وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين وبعضهم قدره بإحدى عشرة . رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فإن رأى مصلحتها في بقاءها تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير وإحدى عشرة في الصغيرة ، وإن رأى مصلحتها في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء .

(٢) الفتح والعناية على الهداية - جزء ٧ - ص ٢٧٨ ، والأشياء والنظائر - للسيوطي ص ٢٤٥ . وتم تعديلها طبقاً للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ المادة الأولى التي تنص على =

وعلى ذلك إن كان الثابت من شهادة ميلاد الصغير أن سنه ٩ سنوات ميلادية وفقاً للمادة ١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدلة :

وترتیباً على ما تقدم إذا بلغ الصغير سن الحضانة وإستغنى عن خدمة النساء كان لمن له الولاية على نفسه أن يطلب ضمه إليه إذا توافرت الشروط اللازمة في كل من الحاضن والصغير المطلوب ضمه (١) .

الأصول القضائية الشرعية في الحضانة (الضم) :

١٤٤ - أصدرت المحاكم الشرعية أحكاماً هامة وأساسية في الحضانة، والحقوق فيها ، وشروط الحاضن والمحمضون ، يمكن عرضها فيما يلي :

(١) سبق إقرار من تطلب ضم الصغير بأنها ليست أهلاً لحضانته . مانع من سماع دعواها بطلب ضمه إليها ، وموجب لرفضها ، إذ لم يكن قد مضى على هذا الإقرار مدة كافية لتغير حالها ، إذ أن إقرارها بذلك بورقة لم تطعن عليها بمطعن مقبول حجة عليها ، فتعامل به شرعاً (٢) .

(٢) القاضي هو الذي يرى مصلحة الصغير ، فإذا رأى أن مصلحته في بقاءه في يد أمه قضى بذلك إلى تسع في الغلام وإحدى عشرة في الأنثى - فإذا كان الغرض من الضم التخلص من النفقة فقط ، فهو غرض مادي

- أن تحسب السند والروايعد الاجرائية للنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم للبلاد .

(١) بلقاس الجزئية - جلسة ١٩٧١/١٠/٢٤ - القضية ٨ سنة ١٩٧١ لحوال نفس ، وعكس ذلك : دمياط الابتدائية - جلسة ١٩٧٤/٢/٣٠ - القضية ١٦ سنة ١٩٧٣ لحوال نفس مستأنف - وقد نسب إلى أن مصلحة الصغيرة في أن تبقى مع أمها .

(٢) عابدين الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٨/٢٧ - للحامدة الشرعية - العدد ١٧٢٠-٢٠٦٥ .

بحث يرد على رغبه ولا يجاب إليه (١) .

(٢) ولاية ضم البكر البالغة نوع من الولاية على النفس ، تثبت لكل واحدة من الأخوة الأشقاء متى تحققت فيه شروط الولاية شرعاً - وإذا تعدد الأخوة فتكون الأولوية في الضم للأفضل صلاحاً وورعاً ، فإن كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سناً (٣) .

(٤) في الحضانة حقوق ثلاثة ، بعضها في الوجوب والرعاية القوي من الآخر: حق الصغير، وحق الحاضنة، وحق الأب. وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها تعيين المصير إليها ، وإلا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقدم على حقيهما جميعاً ، لأن مدار الحضانة على نفع المحضون ، ومثل الأب كل عاصب ومثل الأم كل حاضنة ، والعاصب المفسد كالحاضنة المفسدة يسقط حقه في إمساك الصغير متى ثبت فساده، والحاضنة الذميمة لحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان ، ويخشى عليه أن يالف الكفر ، فإذا خيف عليه أن يالف الكفر إنتزع منها ولو لم يعقل الأديان ، ومن ذلك أن تعتمد إلى إرتياد دور العبادة والكنائس أو أن تعتمد مع زوجها المسلم إلى تنصير بناتها المسلمات تبعاً لدينها فينزعن منها كما ينزعن من الأب المسلم فوراً مخافة الكفر والمحافظة على دين الإسلام (٣) .

(٥) مجرد كون الحاضنة تقوم بالتدريس لا يسقط أهليتها في حضانة الصغير فالمنطوق في سقوط حق الحاضنة ليس هو الإحتراف في ذاته ، وإنما هو ضياع الصغير وإهماله . وإذا كانت ظروف العمل لدى الحاضنة التي تقوم بالتدريس تسمح بالرضاعة لولدها في الأوقات الواجبة وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع إعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة

(١) منطلوط شرعية - جلسة ١٩٤٦/٤/٢ - المحاماة الشرعية - العدد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٣٨ .

(٢) اللجان الشرعية - جلسة ١٩٤٨/١٠/٢٧ - المرجع السابق - العدد ٤ و٥ و٦ - ص ٢٣٧ .

(٣) المطارين الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - العدد ٧ و٨ - ص ٢٣٧ .

الرضيع المذكور وحفظه طبقاً لما تشير إليه النصوص الشرعية (١) .

(٦) لاحق للنساء في حضانة الصغيرة بعد تجاوزها التاسعة إلا إذا تبين للقاضي أن مصلحة الصغيرة تقتضي ذلك (م٢٠ق٢٥ لسنة ١٩٢٩) ، فإذا بلغت الصغيرة الحادية عشرة قبل فرض أجره الحضانة ، فليس للحاضنة بعد ذلك حق المطالبة بفرض أجره للحضانة عن المدة من بلوغ الصغيرة التاسعة إلى الحادية عشرة ، لأن أجره الحضانة لا تعتمد اليد فقط ، بل يشترط أن تكون الصغيرة في سن الحضانة أيضاً (٢) .

(٧) تزوج الأم بأجنبي من ولدها الرضيع وسقوط حقها في حضانتها بسبب ذلك لا يمنع القاضي تركه في يدها دون ضمه إلى أبيه متى رأى أن مصلحته في هذا الترك (٣) .

(٨) الغرض من الحضانة هو حفظ الممضون ، فإن لم يتحقق في الحاضنة ذلك فلا يحكم لها بها - العمى من اكبر إمارات العجز عن القيام بالحضانة ، لأن العمياء عاجزة عن القيام بأمر نفسها ، فهي عن القيام بأمر غيرها أعجز (٤) .

(٩) إحتراف ولدة الصغير التمثيل والرقص ، مسقط لحقها في الحضانة (٥) .

(١٠) طلب ضم الصغير مما يتجدد ، فإذا ادعى الطالب أسباباً حادثة

(١) أسبوط الشرعية - جلسة ١٩٤٧/١٠/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - العدد ٢١ و٢ - ص ٨٩ .

(٢) طنطا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١٢/٧ - المرجع لسابق - السنة ٢١ - العدد ٢ و٤ - ص ١٧٩ .

(٣) جرجا الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٥/٣ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٨ و٧ - ص ٢٨١ .

(٤) العطارين الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٥/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٨ و٧ - ص ٢٨١ .

(٥) كفر الشيخ الشرعية - جلسة ١٩٥٠/٤/١١ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٨ و٧ - ص ٤٣٣ .

بعد الأحكام الصادرة برفض طلبه ، وجب سماع دعواه ، وإن شابها
الأسباب التي تقدم بها من قبل - إن وجود الحاضنة خارج المنزل إلى الساعة
الواحدة صباحاً غير كاف في عدم أهليتها للحضنة ما دام لم يتكرر (١) .

(١١) لا يؤثر في دعوى الضم ظهور قصد مدعيها إسقاط نفقة
الصغير ما دام الصغير قد تجاوز الحادية عشرة ، وحق له أن يكون مع
عاصب مدرم متى كان لميناً (٢) .

(١٢) تأخر الولي العاصب في أداء المفروض بحكم نفقة للمحضون ،
لا تأثير في طلب ضمه ، ولا يقدح في أمانته ، لأن التنفيذ طرقاً ، متى بلغ
المحضون بالعلامات بأنواعها ، ساغ له أن يخاصم ، ويخاصم بنون حاجة
إلى بلوغ السن القانونية ، وتصديق المحضونة في الإقرار بالعلامات غير
الظاهرة متى بلغت تسعاً (٣) .

(١٣) نص الفقهاء على أن المراد بأمانة الحاضنة أن يضيع الولد عندها
بإشتغالها عنه بالخروج من منزلها في كل وقت فإن كانت غير مأمونة كان
كانت تخرج كل وقت ، وتترك الولد ضائعاً سقط حقها في حضنته ،
وعلى أن الحضنة للأُم ثم لمن يليها من الإناث ثم للعصبات بترتيب الإرث ،
وقدروا أن الحاضنة أمّاً أو غيرها لحق بحضنة الصغير حتى يتجاوز سن
الحضنة (إبن عابدين - جزء ٢) (٤) .

(١٤) لا يجلب العاصب (عم الصغير) لطلب ضم المحضون إذا رغب
التسول به (٥) .

(١) القاهرة الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٦/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد
٢٠١ - ص ٢٩ .

(٢) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٤/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢
العدد ٢٠١ - ص ٦٤ .

(٣) أسوان الكلية الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١٠/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢
العدد ١ و ٢ - ص ٧٢ .

(٤) بنى سويف الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/١٢/٥ - المرجع السابق السنة
٢٢ - العدد ١٠٩ - ص ٦٣٩ .

(٥) إسنا الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد
١٠٩ - ص ٦٥٤ .

(١٥) تجاب الجدة لأب المتبرعة إلى طلب إستلام الصغير من حاضنته (جدة الصغير لأمه) لتحضنته بلا أجر متى كانت أهلاً للحضانة وذلك حرصاً على مال الصغير ، بعد أن خيرت حاضنته المأجورة ورفضت إمساكه بغير أجر (١) .

(١٦) المنصوص عليه شرعاً أن الفتاة إذا كانت بكرًا بالغة رشيدة فإنها لا تظم إلى عاصدها جبراً عنها (٢) .

(١٧) الإذن للمقاصرة بإدارة أموالها منفردة دليل على ردها ورجاحة عقلها وما دامت أمينة في حق المال كانت أمينة في حق النفس ، ويصدق عليها قول الفقهاء . أنها إجتمع لها رأي وعفة - المنطوق في ضم البكر البالغة خشية الفتنة والفساد ، فإذا إجتمع لها رأي وعفة لا تظم لعاصدها ولو كانت شابة خصوصاً إذا قامت مع امرأة أمينة مجرية (٣) .

(١٨) ولاية الأب على الصغير مقيدة بتحقيق مصلحته شرعاً ، وإذا تعارض حق الصغير مع وجوب المحافظة عليه ودفح الضرر عنه مع حق أبيه في ضمه إليه ، وجب على القاضى بما له من الولاية العامة رعاية الصغير تحقيقاً لأرجح المصلحتين . فإذا سلك الأب طريق الأضرار وصاحبهم وأتلف ما له بطريق غير مشروعة وأعمل مصالح أولاده كان غير أمين عليهم وسقط حقه في ضمهم إليه وانتقل الحق إلى من يليه من الأولياء على ترتيب الميراث شرعاً (٤) .

(١٩) المنطوق في ضم الصغير لأبيه بعد تجاوزه سن الحضانة هو

(١) مفاضة الشرعية - جلسة ١٩٠٢/٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٥٤ - ص ٢٨٠ .

(٢) أسبوط الشرعية - جلسة ١٩٥١/٢/٩ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٩٨ - ص ٤١٢ .

(٣) إملاية الشرعية - جلسة ١٩٥١/١/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٨٧ - ص ٢٨٢ .

(٤) المنيا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٥/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٨٧ - ص ٣٦٨ .

تحقيق مصلحته وحسن رعايته ، فإننا لم نتحقق هذه المصلحة بل وقع الضرر على الصغير فبقاؤه في يد أمه أولى ، ووجب إيقاف حكم الضم (١) .

(٢٠) وجود الصغير في المدرسة وانتقاله من فرقة إلى فرقة دليل على سلامة عقله والدفع بمرضه بالعته كيدى - إذا ثبت للمحكمة صحة إعتذار المدعى عن إحضار الصغير بالجلسة لخوفه من خطفه قبل إعتذاره - والمحكمة أن تعيد إختبار الصغير لمعرفة قوة عقله وإن سبق للأطباء إختباره (٢) .

(٢١) المنصوص عليه شرعاً أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقاً يلزم من إضحاك الولد عندها ، سقط حقها ، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية (ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٨٧٢) ، وقد قال الفقهاء في الكتابية أنها كالمسلمة ما لم يعقل ديناً أو يخاف عليه بأن يالف الكفر ، وقدر بعضهم السن التي بها يعقل الصغير ما ذكر بسبع سنين ، ولكن لو نظرنا إلى الواقع الآن نجد أن الصغير يتأثر كثيراً بما حوله قبل بلوغ هذه السن على الأخص فيما يشاهده من أفعال شائنة تحيط به وأنه يدرك كثيراً منها (٣) .

(٢٢) للمدرسة أهل لحضانة أولادها وتربيتهم ، لأنها إذا كانت أهلاً لتربية أولاد غيرها ، فهي في تربية أولادها تكون أهلاً بالولاية (٤) .

(٢٣) في الحضانة حقوق ثلاثة بعضها في الوجوب أقوى من البعض الآخر : حق الصغير - وحق الأم - وحق الأب ، وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها ، وإن تعارضت فتحق الصغير هو

(١) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٨٧ - ص ٣٦٠ .

(٢) الجيزة للشرعية - جلسة ١٩٥٢/٥/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٨٧ - ص ٢٨٨ .

(٣) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١/٤ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ٣٠ - ص ٨٠ .

(٤) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ١٠ - ص ١١١ .

المقدم على حقيهما جميعاً ، لأن المدار في الحضانة على نفع المحضون ، ومثل الأب كل عاصب ، ومثل الأم كل حاضنة . والعاصب المفسد كالحاضنة المفسدة يسقط حقه في ضم الصغير وحفظه متى ثبت فساده . والحاضنة الذميمة لحق بولدها للمسلم إلا إذا خيف عليه أن يلف الكفر ، وإن لم يعقل الأديان ، فإذا خيف عليه ذلك إنتزع منها فوراً محافظة على دينه (١) .

(٢٤) الكبيرة إذا إكتمل لها عقد وبين لا تضم إلى المحرم العاصب وتكون دعواه الضم دعوى كيدية (٢) .

(٢٥) الأمانة وغيرها من الصفات التي تتغير في الإنسان فقد يطرأ عليها ما يزيدا أو ينقصها ، كأن يجن الشخص بعد أن كان عاقلاً أو يصبح فاسقاً بعد أن كان مستقيماً . إن مناط الضم هو مصلحة الصغيرة دون سواها ومصلحتها في بقائها في يد أبيها طالما كان متصفاً بالأمانة . إذ هو الأقدر على حفظها ورعايتها وهو الذي يقطع يد السوء إذا إمتدت إليها ويأبى على أقرب أقربائه أن تمتد يد بسوء إلى بنته محافظة على كرامته وعرضه . إن مجرد الإتهام لا يقف تنفيذه حكم الضم ، وإلا لفتحنا شرّاً مستطيراً ، ولأدى ذلك إلى كثير من إبطال حكم الضم ، ولجأ كل صغير أو صغيرة إلى إتهام الوالد قصداً إلى تعطيل هذه الأحكام (٣) .

(٢٦) إذا حكم بضم الصغير إلى والده لتجاوزه أقصى سن الحضانة الشرعي والقانوني وتسلمه فعلاً بعد أن صار هذا الحكم نهائياً ، فلا يجوز لو ادّعت أن تتهم والده بتهم مريبة شنيعة بقصد نزعته منه وإعادته إليها ، وخاصة إذا كان الطرفان من أسر كريمة والوالد الصغير يشغل مركزاً ممتازاً ، وقد عاشرت المدعية مدة طويلة وأنجبت منه أولاداً سوى هذا

(١) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٧/٥/١٩٤٦ - للرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ١ و ٢ - ص ١٢ وبمياط الإبتدائية - جلسة ٢٩/١/١٩٧٧ - الدائرة الأولى الشرعية - القضية ٩٤ سنة ١٩٧٦ أحوال نفس مستأنف .

(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ٢٠/٤/١٩٥٤ - للرجع السابق - السنة ٢٠ - للعدد ١ و ٢ ص ١١٢ .

(٣) مصر الجديدة الشرعية - جلسة ١٢/٦/١٩٥٤ - للرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ٤ و ٥ - ص ٣٠٤ .

الصغير وقد تجاوز الستين من عمره (١) .

(٢٧) رفع دعوى التخيير في حضنة الصغير بين حضانته مجاناً أو دفعه للمتبرعة تكون من الواجب عليه النفقة والمتبرعة معاً ، وهو أولى من رفعها من أحدهما لما في كل واحد منهما معنى لا يعتبر في الآخر . ويجب في سماع دعوى التخيير إعسار من تجب عليه نفقته وقدرة المتبرعة على الحضنة (٢) .

(٢٨) معنى الحضنة تربية الطفل ورعايته والإشراف عليه في مدة معينة حبيباً جرى عليه العرف ، وليس معناها ملازمة الصغير بحيث لا تفارقه الحاضنة ، ولأن المعروف أن الأطفال في هذا السن كثيراً ما يلهون ويلعبون وفي الأرض يمرحون (٣) .

(٢٩) الحاضنات حين رتب روعي في ترتيبهن تقديم قرابة الأم إستجابة للفرصة الطبيعية المتحققة في الأم وقرباتها من حيث الشفقة على الصغير والعناية بصحته ونظافته ، ومصلحة الصغير الصحية مقدمة على المصلحة المالية له أو لوالده (٤) .

(٣٠) المقرر شرعاً أن الأم لا تجبر على حضنة طفلها وإرضاعه إلا إذا كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها ، وإذا لم توجد من ترضعه سواها ، وإذا لم يكن للصغير ولا لأبيه مال يستأجر به من ترضعه ، وإذا لم توجد من تتبرع بإرضاعه .

(٣١) يقع صحيحاً ونافذاً إسقاط الحاضنة حقها في حضنة صغيرها

(١) العطارين الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/٢٠ - للرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ٢٠٩ - ص ٩٩ .

(٢) السنبلولين الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٦/٢٩ - للرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ٧ و ٨ - ص ٤٤٨ .

(٣) بنى سويف الكلية الشرعية - جلسة ١٩٥١/١٢/٥ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٦٤٠ .

(٤) الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٥١/٧/١٨ - للرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٨١ .

لأنه خالص حقها ، ولأنه (الحاضنة) أن ترجع عما تنازلت عنه وتطلب الحكم لها بحضانة صغيرها طالما كان في سن حضانة النساء .

(٣٢) المقرر فقهاً وقضاء أن مدار الحضانة على مصلحة الصغير .

(٣٣) المقرر شرعاً مكتة إعادة تنفيذ حكم الضم على المحكوم عليه كلما دعت الحاجة إلى تنفيذه ، وخاصة في حالة هرب المحكوم ضده بعد تنفيذ الحكم عليه .

(٣٤) المقرر شرعاً أن الصغير يعيش حيث شاء إذا بلغ بالحلم ، وحده الأدنى اثنتا عشرة سنة ، متى كان موفور الصحة وظاهر الحال يدعى إلى تصديقه ، ومن ثم فمن حقه أن يختار مع أي الأيوين يعيش .

(٣٥) المقرر فقهاً أن مرض الصغير يجعل الحق في حضانته للنساء ، ولا يمكن أن تكون إصابة الصغير من يد حاضنته ، ولا يكون دليلاً على إهمالها .

(٣٦) المقرر فقهاً أن للحاضنة مباشرة شئون الصغير المحضون بنفسها ، وإجازا لها إشراك غيرها معها في القيام على خدمته ورعايته كما هو الشأن في الحاضنة الكفيفة ، ومن ثم فلا يسقط حق المطلقة في الحضانة إنزالها الصغير داراً للحضانة قريباً من مقر عملها ، حتى إذا فرغت من العمل تسلمته في طريق عودتها إلى منزلها ، ذلك لأن التخصصات في نور الحضانة أحسن من المربيات في البيوت .

(٣٧) إذا سافر والد الصغير للعمل ببلد عربي ، ودفع بولده إلى زوجته الأخرى وهي أجنبية عنه تحمل له الكراهية وبغضاً ، وأنها اتخذت من الصغير خاتماً لصغيرها بعد أن حرمت من التعليم ، فإن ذلك يجعل والد الصغير غير أمين عليه ، ولما كان المقرر شرعاً أن مدار الحضانة على نفع المحضون ومصلحته ، فإن في بقاء الصغير عند أبيه تفويهاً لمصلحته وضياًحاً محققاً له ، ومن ثم فقد حق لوالدة الصغير المطالبة به .

(٣٨) لم يشترط الفقهاء لصلاحية الحاضنة أن تكون مبصرة ، فمتى كانت غير متزوجة بأجنبي عنه ، وأمانة عليه ، وقادرة على حضانته ، فإنها تكون أهلاً للحضانة ، إذ ليس بلام أن تباشر الحاضنة شئون المحضون

بنفسها ، بل يكفي أن تشرف على شئونه بواسطة غيرها من توابعها
واقاربها المقيمين معها .

(٣٩) إذا تزوجت الوصية الحاضنة بأجنبي عن الأولاد ، فإن حقها في
حضانتهن يسقط ، وينتقل إلى من يليها من الحاضنات أو صاحب الحق
فيها .

(٤٠) إذا حكم برفض الدعوى المقامة من الأب بطلب ضم ابنه لأسباب
متعلقة بعدم أمانته ، فإن حق حضانة الصغير ينتقل إلى أقرب عاصب له ،
والجد لأب ممن لهم حق ضم ابنه ، ما لم يثبت تواطؤه مع والد الصغير
وعدم أمانته ، ففي الحالتين الأخيرتين تكون دعوى الضم مستوجبة
الرفض .

(٤١) من المقرر شرعاً أن جدة الصغير لأبيه مقدمة على خالته في
الحضانة ، ما لم يقم بها مانع كالعجز عن القيام بشئون الطفلة لكبر السن
أو غير ذلك من الأسباب المانعة من الحق في الحضانة .

(٤٢) الراجح في القضاء الشرعي أنه لا يشترط الإبصار في الحاضن
الرجال أو الحاضنة من النساء ، ما نامت مصلحة الصغير متحققة ، على أن
الصغير - بعد تجاوزه لسن حضانة النساء محتاج لمزيد من الرقابة ، وهذه
الرقابة لا تحتاج إلى الإبصار ، ولذا جاء الرأي بأن الحاضن غير المبصر (أو
الحاضنة غير المبصرة) أهل للحضانة .

(٤٣) المقرر فقهاً أن حضانة المعتوه حق للنساء ، فإذا بلغ الصغير
معتوهاً بقي عند حاضنته ، وإذا طرأ عليه العته بعد إنتقاله إلى الحاضن من
الرجال ، نزع منه وسلم إلى الحاضنة من النساء ، تأسيساً على أن مدار
الحضانة على نفع المحضون ومصالحته . والمعتوه مهما بلغ من العمر ، فإنه
يأخذ حكم الصغير ، ومن ثم فإن الدعوى من شقيقه أو ممن لها حق
الحضانة من النساء تكون مستوجبة الرفض ، ذلك أن زوجة المعتوه وإن لم
تكن ممن لهن حق حضانة زوجها شرعاً ، إلا أن لها حقوقاً أخرى لا
تستوفى إلا بوجود الزوجين معاً ، وهي حقوق جديرة بالرعاية ، فضلاً
عن أن من حق القاضي أن يضع المحضون عند من يراه أميناً عليه ويتحقق

لديه مصلحة ، ولو لم يكن ممن لهم حق حضانته .

(٤٤) المقرر شرعاً أن تعرض الصغير لبعض المتاعب (كالسقوط من فوق السلم وتهشم بعض أضلاعه) وهو في حضانة أمه أو جدته ، غير مسقط لحقها في الحضانة ، ذلك لأنه ليس معنى الحضانة أن يلتصق الصغير بحاضنته لا يفترقان ، وليس مفهوم الحضانة أن يحبساً معاً ، وإن يلانمها الطفل كظلمها .

(٤٥) المقرر شرعاً أن حق الأخ الشقيق في ضم أخته مقدم على حق عمه الشقيق في ضمها ، حتى ولو كان ، الأخ الشقيق لم يبلغ سن الرشد بعد ، إذ يكفي لسماع دعواه أن يكون قد بلغ الخامسة عشرة من عمره .

(٤٦) المتفق عليه فقهاً أن دعوى العم الشقيق بطلب ضم إبنة أخيه غير مسموعة إذا كان له ولد مراهق يقيم معه ، تجنباً للفتنة وخوفاً على الصغيرة من إختلاطها ، بهذا الإبن . أما إذا كان للبنت أخ شقيق بلغ الخامسة عشر من العمر ، فإنه يكون أولى بحضانتها من عمها .

(٤٧) المقرر شرعاً أنه لا حق لأبناء العم والعمة والخال في حضانة الإناث ولهم الحق في حضانة الذكور ، وأنه لا حق لبنات العم والعمة والخال والخال في حضانة الذكور ولهم حق في حضانة الإناث ، ومن ثم فإن الدعوى بطلب ضم ابن العم تكون مسموعة ، أما الدعوى بطلب ضم إبنته فلا تكون كذلك .

(٤٨) في ضم البنت لإبن عمها رايان في الفقه :

رأى - يذهب إلى أنه يشترط في الحاضن من الرجال أن يكون رحماً محرماً من المحضون إذا كان لثنى ، فإذا كان إبن العم ليس بمحرم من إبنة عمه أى أنه يجوز له الزواج منها ، ومن ثم فلا يحق لإبن العم حضانة بنت إبن عمه خوفاً من الفتنة .

ورأى - يقول بأنه يجوز للقاضي إذا لم يكن للصغيرة من عصبتها من يحضنها سوى إبن عمها وكان مأموناً عليها وصالحاً لحضانتها ، فإنها تسلم إليه ، ومن ثم فإن الأمر يصبح مقروكاً للمحكمة تقديره حسبما ترى من واقع الأوراق والمستندات المقدمة في الدعوى .

(٤٩) المقرر شرعاً وقانوناً أنه إذا تنازلت أم الصغير عن حضانتها ، وكان لا يزال في سن حضانة النساء ، فإن حق حضانتها ينتقل إلى من يليها في ترتيب من لهن هذا الحق من النساء ، ولما كانت الخالة مقدمة على العمة في هذا الترتيب ، فإنه لا يؤثر في هذا الحق سبق تنازل أم الصغير عن حضانتها ، لأن هذا التنازل لا يتعدى أثره إليها ، بل أن تنازل أم الصغير لا يسقط حقها إلى الأبد ، بل من حقها أن ترجع فيه .

(٥٠) المقرر شرعاً أنه إذا تساوت الحاضنات في درجة القرابة للصغير ، فإن أحقهن بحضانتها من كانت متصلة به بقرابتين أي بقرابة من جهة أمه وقرابة من جهة أبيه ، أما العم فلا حق له في حضانتها - في هذه الحالة - متى كان الصغير دون التاسعة من عمره ، ولا يغير من ذلك كونه وصياً على أمواله .

(٥١) المقرر شرعاً أنه يشترط في الحاضن - رجلاً كان أو امرأة - أن يكون قانراً على الحضانة وعلى رعاية مصلحة الصغير ، فإذا إنتفت القدرة ، سقطت أهلية الحضانة عنه ، وأن الشلل من أكبر مظاهر العجز .

(٥٢) المقرر شرعاً أن حق الأب في حضانة ابنه إذا بلغ سن التنازل بلوغاً طبيعياً ، وكان رشيداً غير مفسد ، وأنهى سن البلوغ للولد إثنا عشر عاماً ، إذا كان ظاهر حاله يؤيد البلوغ بأن كان موقور الصحة والعافية ، فإذا بلغ سفيهاً مفسداً أو فاسقاً ، فإنه يبقى في حضانة والده ، ولا حق له في إختيار المكان الذي يعيش فيه ، ولو طرأ عليه الفساد أو الفسق بعد إنتقاله من عند والده وإختياره لمكان آخر ، فإن من حق والده أن يضمه إليه ثانياً ، تأسيساً على أن الحضانة تقوم أساساً على مصلحة الأولاد ونفعهم ، ومن المصلحة في تلك الحالة أن يكون الولد مع أبيه ليقوم ما عوج من أخلاقه .

(٥٣) يقضى منشور الحاقانية بأنه في حالة ما إذا كان محكوماً بالضم على صغير ، وكان محكوماً للصغير من قبل بالنفقة ، فإنه يتعين على جهة العمل المحجوز تحت يدها أن تمتنع عن تنفيذ الحكم إلا إذا حضر المحكوم له شخصياً لإستلام مقابل نفقته ، حتى يتسنى تنفيذ الحكمين معاً (حكم النفقة وحكم الضم) ومن ثم يحق للمحكوم عليه بالنفقة أن يطلب من الجهة التي يعمل فيها عدم تنفيذ حكم النفقة إلا إذا حضرت إبنته

شخصياً لإستلام المبالغ المحكوم به ، وعند حضورها يمكنه تنفيذ حكم
الضم بطريق التنفيذ الإدارى (الشرطة) .

(٥٤) المقرر شرعاً وقانوناً انه يشترط لضم الأنتى الكبيرة إلى عاصبها
الا تكون مأمونة على نفسها ، وعالجة عن القيام على شئونها ، فإذا لم تكن
كذلك ، وكان لها من ثقافتها ومركزها الإجتماعى ما يعصمها من الخطأ ،
فإنها لا تضم إلى أحد .

(٥٥) المقرر شرعاً أن إنتقال الحاضنة بالصغير لا يسقط حقها فى
الحضانة ولا فى أجر الحضانة ، سواء أكان الإنتقال إلى مكان قريب أو إلى
مكان بعيد ، ذلك أنه لا يشترط لأهلية الحاضنة للحضانة أن تقيم فى المكان
الذى يقيم فيه والد الصغير . على أنه إذا كان الإنتقال إلى مكان بعيد لا
يستطيع الأب أن يرى ابنه ويعود فى نفس اليوم إلا بمشقة ، فإن للأب أن
يطلب ضم الصغير إليه ، بحيث إذا عانت الحاضنة إلى الإقامة فى المكان الذى
يحق لها أن تقيم فيه مع الصغير شرعاً ، وزال السبب الموجب لدعوى الضم
المقامة من أبيه ، فإن الدعوى تكون غير مسموعة . أما نفقة الصغير فلا
تسقط عن الأب أبداً .

(٥٦) المقرر شرعاً أن للحاضنة الأم أن تنتقل بالصغير إلى أى مكان فى
ذات البلد الذى يقيم فيه الأب أو إلى بلد قريب . بحيث يتمكن الأب من رؤية
ابنه ويعود فى نفس اليوم الذى سافر فيه دون مشقة ، وبشرط ألا يكون
إنتقالاً من المدينة إلى القرية ، حتى لا ينشأ الطفل على طباع أهل القرى ،
فإذا كان إنتقالها من مدينة إلى مدينة أو من قرية إلى قرية أو من قرية إلى
مدينة ، وتكون المدينة أو القرية قريبة من بلدة الأب ، فإنها لا تمنع من ذلك
ما دام أن الأب سيتمكن من رؤية ابنه ويعود فى نفس اليوم .

أما إذا كان الإنتقال إلى مكان بعيد ، فإنه يكون مشروطاً بشرطين ،
يتعين تحققهما معاً ، هما :

الأول - أن يكون المكان الذى إنتقلت إليه هو موطنها الأصلي .

الثانى - أن يكون عقد زواجها تم فيه .

فإذا تخلف الشرطان أحدهما أو كلاهما ، فقد حق للأب ضم صغيره
إليه ، دفعاً للضرر المحقق بالصغير ورعاية لمستقبله .

(الدر المختار ورد المحتار - جزء ٢ - ص ٦٥٩) .

(٥٧) المقرر شرعاً أنه إذا تجاوز الصغير (أو الصغيرة) سن حضانة النساء ، فإنه يضم إلى الحاضن من الرجال ليتخلق بأخلاقهم ، فإذا كان الحاضن فاسد الأخلاق ، فإن الغرض من ضم الصغير إليه ينتفى ، ويتعين في هذه الحالة نزح الصغير من يده ، أو عدم ضمه إليه ، وذلك رعاية لمصلحة الصغير ، حتى لا ينشأ فاسد الخلق منحرفاً كحاضنته ، إذ لا سند للمقول بأن أمانة الآباء على أبنائهم مفترضة فيهم دائماً ، لما قرره الفقهاء من أن العاصب المفسد لا حق له في الحضانة ، والعاصب يشمل الأب والجد والعم أي كل عاصب للصغير . فإذا كان الأب فاسداً منحرفاً سقطت عنه أهليته الحضانية ، ويضم الصغير إلى من يليه في الحق ، فإن لم يكن هناك من يليه ، بقي عند والنته .

(٥٨) المقرر شرعاً أن من شروط الحضانة أن يكون الحاضن أميناً على مال المحضون ، ونفسه ، قادراً على صيانتها . ولا يتصور بعد الحجر على الزوج للسفاهة وثبوت عدم أمانته على أمواله التي بددها لسوء تصرفه وفساد رأيه وضعف إرادته أن يكون له حق في حضانة إبنته .

(٥٩) المقرر شرعاً أن رجحان العقل والتدبير ، مانع من ضم البنت التي تجاوزت أقصى سن الحضانة ، وإن حصول الفتاة على قدر معقول من الثقافة (الجامعة) يصلح أن يكون بديلاً عن التقدم في السن أو النحول ، كما أن المقرر فقهاً أنه إذا كانت البنت البالغ - المطلوب ضمها - سبق لها الزواج وأنها مأمونة على نفسها ، فليس للأب أو لغيره من العاصبين أو غيرهم ، طلب ضمها ، بل تخير - والمثقة - في أن تقيم حيث تشاء - تأسيساً على أن سبق زواجها أكسبها خبرة بالرجال ويسالليهم .

(٦٠) المقرر شرعاً إذا كان الأب قادراً على تعليم أولاده وتثقيفهم ، فإنه لا يجوز له أن يحرمهم منها بمقولة إنه الولي الشرعي عليهم . ويملك الحرية الكاملة في توجيههم والتصرف في شئونهم ، فإن هذا الحق مقيد لمصلحة الأولاد ، فإذا تعارض معها ، أو قام الدليل على إغفال مصلحة الولد بسوء نية ، فقد تعين أن تسلب ولاية الولي عنه وأن يولى غيره ، والمرجع في ذلك هو القاضى الشرعى صاحب الولاية العامة التى تنبسط على أصحاب الولايات الخاصة .

وترتيباً على ذلك يحق لوالدة الصغير أن ترفع ضد وليه دعوى يطلب منع تعرضه بحكم الضم السابق صدور له لصالحه ، وإذا كانت هذه الدعوى لا تمنع من تنفيذ حكم الضم مرة ثانية في حالة هرب الصغير إلى والدته ، فإن السبيل إلى وقف تنفيذه هو إقامة إشكال في تنفيذه أمام قاضي التنفيذ المختص حتى يفصل إنتهائياً في دعوى منع التعرض للمقامة أمام للقاضي الشرعي بالحكمة الجزئية .

(٦١) المقرر شرعاً وقانوناً أن لوالد الصغير للعسر أن يقيم دعواه ضد حاضنة الولد بطلب تخييرها بأن تحضنه مجاناً وتنفق عليه من مالها ، أو أن تسلمه لجنته لأبيه لتتولى هي ذلك .

(٦٢) المقرر شرعاً أن إعتداء زوجة الأب على الصغير وإحداث إصابات بجسمه موجب مسوغ لسماع دعوى والدته بطلب منع تعرض والده بحكم الضم السابق صدور ضدها .

(٦٣) المقرر في القانون عدم جواز فرض النفقة فيما يدره الصغير من مصروفاته الشخصية تشجيعاً للصغار على الإنذار ، ولذا إستقرت أحكام القضاء على الحكم بإلزام الوالد بأداء النفقة الواجبة عليه شرعاً لولده .

(٦٤) المقرر أن مقارفة أم الصغار وحاضنتهم جريمة إصدار شيك بدون رصيد لا يسقط حضانتها لهم ، خاصة أن الصغار لا يمكن أن يتأثروا بها ، ولا يعقلانها .

(٦٥) المقرر شرعاً أن إنشغال الحاضنة عن المحضون حتى ولو كان للعبادة يسقط خفيها في الحضنة ، وعلى هذا إجماع علماء الشريعة الإسلامية .

(٦٦) المقرر شرعاً أن حق الأب (وكل عاصب) في ضم إبنته إليه يبطل بمجرد زواجها ، إستناداً إلى أن عقد الزواج ينشئ للزوج الحق في طاعة زوجته ووجوب مساكنتها له ، ويعمل الفقهاء بأنه لو بقي للأولياء حق الضم إلى الأبد لترتب على ذلك إبطال حق الزوج في طاعة زوجته ، وإنعدم أثر الزواج ، وضاعت الحكمة منه .

(٦٧) المنصوص عليه شرعاً أن حق الحضانة يعود بالطلاق البائن لنزول المانع وهو إمساك الصغير في بيت المبغضين له ، وقد ارتفعت بالفرقة البائنة ولاية الزوج الأجنبي فلا ضرر على الصغير سواء مضت مدة تحمل إنقضاء العدة أولاً (١) .

(٦٨) إلزام الأم في مجلس الطلاق بحضانة ولدها مجاناً نظير الطلاق ثم حصول الطلاق في نفس المجلس يجعل هذا الإلتزام من جملة العوض عن الطلاق ولو لم يرد نكر ذلك في الإشهاد (٢) .

(٦٩) المقرر شرعاً أن نفقة الصغير لا تسقط بإستلام والده له ، أما الذي يسقط فهو الأمر بأدائها ، كما تسقط الأجور ، والساقط لا يعود إلا بحكم جديد . فإذا عاد الولد إلى يدها كان لها أن ترفع دعوى بطلب إستمرار ما كان مفروضاً لنفقة الولد والأمر بأدائه إليها من يوم إستلامه ويفرض أجر حضنة ومسكن وخادم .

(٧٠) قضاء المحاكم الشرعية على أنه إذا تعدد من تجب عليهم نفقة الفقير المحتاج ، فإن النفقة تجب عليهم بالتساوي إن كانوا يتساوون في اليسار أو بينهم تفاوت يسير ، فإن اختلفوا يساراً وتفاوتوا فيه تفاوتاً كبيراً ، فإن النفقة تفرض عليهم بحسب يسار كل منهم .

(٧١) المقرر في النفقة أنه إذا كان الزوج فقيراً عاجزاً عن الكسب لكبر سنه ومرضه ، فإن نفقة زوجته تجب على أولاده وإن لم تكن والديهم ، فإذا ما ثبت أن معاش الزوج لا يغطي مصروفات علاجه وبالتالي لا يكفي للإنفاق على زوجته ، فلها الحق في طلب تقدير نفقة لها على أولاد زوجها .

(٧٢) المقرر شرعاً أن الكفيل (الأب) ملزم بنفقة الأصيل (الإبن) ، والكفيل خصم فيها في حالات الرضا والغصب ، وللزوجة أن تطالبه وحده ويؤمر بأداء النفقة التي لم تستوفها من زوجها حتى ولو كانت متواطئة معه ولا خصوصية بينها وبين زوجها - ومن ثم فإن الدفع بعدم وجود

(١) كوم حمادة الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٩/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ٩٥٢ .

(٢) جرجا الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٥/٣١ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٦٢ .

خصومة بين الزوجين وتواطؤها على رفع الدعوى بالنفقة ضد الكفيل يكون غير منتج ولا يعول عليه .

(٧٢) إذا سافرت الزوجة لأداء فريضة الحج غير مصاحبة لزوجها أو ذى رحم محرم منها (كالأب - أو الأخ - أو العم - أو الخال) فإنها تكون عاصية وتسقط نفقتها لفوات الإحتباس فى فترة وجودها بالأراضى الحجازية .

(٧٤) المقرر أن المحكوم به لنفقة الصغير يسقط إعتباراً من اليوم التالى لتنفيذ حكم الضم وليس من تاريخ صدوره ، إذ بالضم تكون يد الحاضنة قد ارتفعت . وبالنسبة لأجر الحضانة فيسقط إعتباراً من تاريخ بلوغ سن الناصعة ، لأن أجر الحضانة منوط بحاجة الصغير إلى خدمة حاضنته ، وببلوغه وضمه الليل على إستغنائه عن خدمتها .

(٧٥) شرط إلزام الأولاد للوسرين بنفقة أبويهم الفقر والإحتياج ولو كان قادراً على الكسب ، وكذلك الأم ، لقوله تعالى : « والوالدين إحسانا ، إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً » ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » .

(٧٦) المقرر شرعاً أنه يشترط لكى يكون تحمل الأم بنفقة اولادها صحيحاً وثافداً أن يكون وقت إيقاع الزوج للطلاق وفى مجلسه ، وأن يكون الطلاق فور التحمل أو الإبراء من النفقة . فإن كان التحمل بنفقة الأولاد أو الإبراء من نفقة الزوجية قبل أو بعد الطلاق وفى غير مجلسه فإنه يقع باطلاً ، ولا تلتزم الأم المطلقة به .

كما أن المقرر شرعاً أنه إذا تحملت الأم نفقة اولادها مقابل طلاقها من والدهم ، ثم أعسرت بعد أن كانت موسرة ، فإنه يحكم للأولاد بنفقة على والدهم حماية لهم من الضياع والتشرد والهلاك .

(٧٧) للزوجة التى لم تبلغ السادسة عشر من عمرها أن تقاضى زوجها وتطالبه بنفقة اولادها . ولما كانت الزوجة التى دون سن السادسة عشرة لا يحكم لها بنفقة على زوجها حتى تبلغها وحتى تسمع دعواها ، فإنها تستحق عليه أجور حضانة وإرضاع ومسكن وخدمة لأولادها ، فإذا ما

بلغت السادسة عشرة ونهض حقها في المطالبة بنفقتها سقط حكم الأجور لأنه لا يجوز الجمع بين نفقة الزوجية أو العدة وأجور الحضنة والإرضاع .

(٧٨) إقرار الزوج بقبض مبلغ كبير نفقة ولدها منه لعشر سنوات قادات مع فقره المشتهر ، وإقتران هذا الإقرار بطلاقه لها على الإبراء ، كل ذلك يقوم قرينة على عدم صحة الإقرار ، وعلى أنه صدر للحاجة الملحة للتخلص من حياتها معه والمتاعب التي كانت تعانيها ، وهذا النوع من الإقرار عبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بإقرار التلجئة وهو باطل شرعاً .

(٧٩) إذا حكم على الزوج بالأشغال الشاقة المؤبدة وكان لا دخل له ولا مال ، فإنه يعد عاجزاً عن الكسب ، وتجب نفقة أولاده على من يليه من أقاربه (كوالده وأشقائه) فيأمرون بأدائها . أما نفقة زوجته فتجب على من تجب عليه نفقتها (كوالدها - وأشقائها) . وتكون هذه النفقة ديناً على الزوج بعد إنقضاء العقوبة وخروجه من السجن إذا أيسر .

ما هو مؤدى الإقرار العام من الزوجة ؟

(٨٠) إقرار الزوجة بأنه ليس لها أي حق قبل زوجها (أو مطلقها) هو من قبيل الإقرار العام يشمل كل حق لها قبله أي كان نوعه . وقد توسع الفقهاء في ذلك فقالوا إنه بمقتضى هذا الإقرار لا يكون للزوجة أي حق قبل الزوج ديناً كان أو عيناً أو كفالة أو إعارة أو حذاً .

إنفاق القيم من ماله الخاص على المحجور عليه - ذى المال - صلة لا ترد :

(٨١) المقرر شرعاً أنه إذا كان للمحجور عليه أموال تحت يد القيم ولم ينفق عليه منها وأنفق عليه من ماله الخاص ، فإن هذا الإنفاق يعتبر صلة والصلة لا ترد .

(٨٢) لا يشترط فيمن تجب عليه النفقة أن يكون عاقلاً أو بالغاً ، بل يكفي أن يكون موسراً لكي تفرض عليه النفقة لتحقيق سبب وجوبها (كالقربة الحرمية) - ويطلب من يمثل المجنون أو الصغير (كالقيم - أو الوصى) بأدائها .

(٨٣) إذا كان لجر المسكن والخدمة لم يخصص لكل واحد من الأولاد

نصيباً منه ، فإنه لا يجوز طلب إبطال نصيب الولد المتوفى منهما ، لأن حاجة أخوته الأحياء إلى السكنى لا تزال باقية ، وكذلك الشأن بالنسبة لأجر الخادم .

(٨٤) للولد متى بلغ إثني عشر سنة بالتقويم الهجرى الحق فى إختيار مع من يعيش من والديه .

(٨٥) لما كانت نفقة الأقارب تقوم على سبب فقر مستحقها ، بحيث إذا أيسر فإن سببها يكون قد زال ويحق للمحكوم عليه بها رفع دعوى بطلب إبطال المقرر بالحكم والأمر بالكف عن المطالبة به .

(٨٦) المقرر شرعاً أن تنازل المطلقة عن حقوقها قبل زوجها لا يتعدى إلى حقوق الأولاد ، لأن نفقتهم تجب على أبيهم لأنهم جزء منه وفرع له ، لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

(٨٧) إذا كان لأولاد الزوج عمارة وله الإنتفاع بإيرادها مدى حياته ، فإن هذا الإيراد يدخل فى تقدير النفقة ويعد من عناصر يساره .

(٨٨) إذا دعا الزوج زوجته إلى مساكنته فى بلد بعيد (أحد أحياء صنعاء) بيته فى إنذاره ، حيث يعمل هناك ، ولم يحضر لمصاحبتها بنفسه أو يكلف أحداً من محارمها لمرافقتها أثناء السفر إلى أن يسلمها إليه ، فإنها تكون محقة إذا امتنعت عن تلبية دعوته ولا تعتبر ناشراً وتجب نفقتها عليه . لما هو متفق عليه شرعاً من أنه لا يحل للزوجة أن تسافر إلا مع زوجها أو مع محرم منها .

(٨٩) إذا كان الزوج يعلم أن زوجته تعمل (ناظرة مدرسة) فإن الدفع بعدم إستحقاقها النفقة لإنشغالها بعملها عن بيت الزوجية - بعض الوقت يكون دفعاً غير مقبول .

هل تستحق الزوجة أو المعتدة أجر إرضاع ؟

(٩٠) المقرر قانوناً أنه إذا قامت أم الصغير بإرضاعه أثناء قيام الزوجية أو فى عدة الطلاق الرجعى أو البائن فإنها لا تستحق أجر (على إرضاعه تأسيساً على أن الزوج ملزم بالإتفاق عليها حال قيام الزوجية وأثناء العدة من الطلاق الرجعى أو البائن ، ما لم تكن قد أبرأته من نفقة العدة أو تنازلت عنها ، وما دام يتفق عليها ، فإنها لا تستحق أجر إرضاع لأن أجر الإرضاع

نوع من النفقة وهو يؤديها إليها . فإذا إنقضت عدتها أو كانت أيراته من نفقتها وكان الصغير في سن الإرضاع وتقوم بإرضاعه ، فإنها تستحق أجراً على إرضاعه ، بالإضافة إلى ما هو مقرر له من نفقة إصلاح شأن وكسوة .

هل يلزم الأب بمصاريف تعليم ولده بالمدارس الخاصة ؟

(٩١) لم يذكر علماء الشريعة من أنواع نفقة الأولاد سوى الطعام والكسوة والمسكن والخادم ، وبذل الفرش والغطاء والرضاع ، وقد وردت هذه الأنواع على سبيل المثال . أما مصاريف التعليم بمشتعلاتها فلم يذكرها من بين أنواع النفقات لأنها لم تكن معروفة في زمانهم وقد خلت كتبهم من النص عليها ولكنها مع ذلك تعتبر من النفقة ، وذلك مستفاد من تعليمهم لوجوب النفقة من أنها الكفاية ، والكفاية تختلف باختلاف الأزمان . فإذا زادت الحاجات الأساسية لمن يجب له النفقة تبعاً لمقتضيات مصروفاتها تدخل تحت الكفاية . وعلى هذا فإن نفقات التعليم يجب على الآباء لإبنائهم بعد أن أصبح التعليم من حاجات الفرد الأساسية . فإن ألحقت الأم الصغير بمدرسة خاصة قبل السن المحددة للمدارس الحكومية وكان ذلك في مصلحة الصغير وكان أبوه موسراً ومعم يعلم أمثاله أولادهم في هذه المدارس ، فإنه يلتزم بها رضى أو لم يرض ، وليس له أن يحتج بأن وزارة التعليم حددت سنًا معينة للقبول بمدارسها ، لأن الإمكانات المتاحة للدولة لا تسمح باستيعاب الأطفال في أية سن في مدارسها .

متى يقع الصلح في النفقة صحيحاً ونافاً ؟

(٩٢) يقع الصلح على نفقة الزوجة والأولاد صحيحاً نافداً إذا كان تقديرها مناسباً لحالة من يجب عليه أو إذا كان فيه غبن يسير . وقد قدر الفقهاء الغبن بالخمس ، فإن زاد كان فاحشاً ومن حق المحكمة أن تزيده إلى القدر المناسب لحالته . وليس ما يمتدح زيادة ما فرض إتفاقاً إذا طرأ موجب لها من زيادة يسار من يجب عليه النفقة من وقت الفرض إذا كبرت سن الأولاد عن وقت الفرض أو زاد اليسار .

(٩٣) للمقرر في الفقه أن نفقة الولد الصغير الفقير واجبة على أبيه شرعاً لا يشارك فيها أحد ، فإذا كبر وصار موسراً وأصبح الأب فقيراً ، فإن

نفقته تجب على إته لا يشاركه فيها أحد إعمالاً للقاعدة المقررة شرعاً
(الغرم بالغنم) .

على من تجب نفقات تجهيز الزوجة المتوفاة ؟

(٩٤) إختلف فقهاء المذهب الحنفى فيمن تجب عليه نفقات تجهيز
الزوجة وتكفينها إذا ماتت فى حياة زوجها :

فيرى البعض منهم أنها واجبة على الزوج ، سواء أكانت الزوجة
موسرة أم كانت فقيرة ، وسواء وجد من أهلها من تجب عليه نفقتها أم لا .
وأيد هؤلاء لرايهم بالقول بأنه ما دامت نفقتها - حال حياتها - كانت
واجبة عليه ، فإن تجهيزها وتكفينها واجب عليه لأنه من نفقتها .

بينما يذهب البعض الآخر منهم إلى وجوب تجهيزها وتكفينها من
مالها إن كان لها تركة ، فإن لم يكن لها مال وجب على من تجب عليه نفقتها
من أقاربها .

ويعمل اصحاب هذا الرأى الثانى لخطرهم بأن الزوجية إنقطعت بالموت ،
ومن ثم فلا يلزم الزوج بنفقات تجهيزها وتكفينها .
والرأى الأول هو المعول عليه والأولى بالإتباع .

متى يجوز إسترداد المال المنفق على اللقيط ؟

(٩٥) المقرر شرعاً أنه إذا لم يكن للقيط مال وقام للتلقيط بالإئناق
عليه ، فإنه يعتبر متبرعاً بما أنفقه ، ولا يجوز له أن يطالبه بما أنفقه عليه ،
إلا إذا كان القاضى قد أمر للتلقيط بالإئناق عليه فعندئذ يكون ديناً على
اللقيط .

ما هى سن اليأس التى تدفع نفقة الزوجة ببلوغها ؟

(٩٦) سن اليأس هى السن التى إذا بلغت المرأة لا تحيض فيها .

وقد إختلفت علماء المذهب الحنفى فى تقديرها .

فذهب بعضهم إلى عدم تحديدها بسن معينة . ثم فى تحديدها ،
فمنهم من حددها بسبعين سنة ، ومنهم من حددها بخمس وخمسين

سنة . والرأى الأخير هو الراجع فى مذهب الحنفية ، وعليه عمل المحاكم فى مصر .

نفقة الأولاد فى حكم القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

١٤٤ مكرر - تقضى المادة ١٩ مكرر (ثانيًا) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقه على أبيه حتى تتزوج البنت أو تتكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الإبن الخامسة عشرة من عمرة قادرًا على الكسب المناسب ، فإن بلغها عاجزًا عن الكسب لأكمة بنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولإستمداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب إستمرت نفقته على أبيه . ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم . وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ إمتناعه عن الإنفاق عليهم .

وعلى ذلك فيجوز أن يكون الإمتناع سابقًا على الحكم فى هذا النوع من النفقات خلافًا لما كان عليه العمل قبل نفاذ هذا القانون الأخير .

حكم حضانة الأم غير المسلمة لصغارها المسلمين :

١٤٤ مكرر (١) - إذا طلب المدعى نزح صغيره (طارق) و(حسن) من يد زوجته المدعى عليها (الإيطالية للسيحية) ، وإسناد حضانتها إلى جدتها لأبيهما بمقولة الخوف من تعويدهما عادات مسيحية وهما مسلمان نظرًا لأنهما يتبعان دين والدهما وهو الإسلام ، فإن الحضانة نوع من الولاية على الصغير تهدف إلى حفظه وتمهده والقيام بشئونه وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره ، ومن ثم كان مناطها مصلحة الصغير ، لما كان ذلك وكانت الحضانة ضربًا من الولاية ، فإن المقرر شرعًا أن للحاضنة نوعًا من الولاية على المحضون ، وأنه لا ولاية لغير مسلم على مسلم ، لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » وقد كان مقتضى هذا ألا تحتضن غير المسلمة مسلمًا إطلاقًا ، غير أن الفقهاء لما رأوا أن سبب الحضانة هو للشفقة على الصغير والنظر فى صالحه ، وذلك أمر لا يختلف بإختلاف الدين ، إلا أنهم قيدوا ذلك بما إذا لم يعقل دينًا أو يخشى عليه أن

يألف غير دين الإسلام أو يألف عادات أهل الكفر ، فلا يكون لها حق في حضانة المسلم ، إن كان في يدها أخذ منها رعاية لمصلحة الصغير ، فقد جاء في (الخاصية والبائع) . « وأهل الذمة في الحضانة مثل أهل الإسلام ، لأن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وأنه لا يختلف بالإسلام والكفر » ، وجاء في (متن التنوير وشرح الدر المختار) : « والحاضنة الذمية كالمسلمة ما لم يعقل ديناً أو يخاف أن يألف الكفر فينزع منها وإن لم يعقل ديناً » ، ويقال صاحب (الدر) : « الذمية كالمسلمة حتى يعقل ديناً أو يخاف أن يألف الكفر » ، وقال شارح (الدر) : « فإن ألف الكفر قد يكون قبل تعقل الدين فإن خيف هذا ينزع منها أيضاً » ، وجاء في (المختار) تفسيراً لألف الكفر ما نصه : « والظاهر أن يفسر بسببه بنحو أخذه لمعابدهم وجاء في (فتح القدير) : « ومنع أن تغذية بالخمير أو لحم الخنزير ، وإن خيف ضم إلى أناس من المسلمين » ، وقال صاحب (العناية) تعليقاً على ما جاء في (الهداية) : « ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر ، لأن الدفع إليها قبل ذلك نظر للصبي ويعدده يحتمل الضرر بإنتقاش أحوال الكفر في ذهنه » - وأن مؤدى ما تقدم أن للذميين الحق في حضانة الصغير المسلم بشرط ألا يعقل ديناً أو يخاف عليه أن يألف الكفر ، أو تطعمه الحاضنة ما لا يجوز لمسلم أن يتناوله ، ويستفاد من النصوص المتقدمة أمور ثلاثة :

الأول - أن الفقهاء لم يحددوا سنّاً يألف فيها الطفل الأديان ، ويوضح ذلك ما قاله صاحب (الدر المختار) نقلاً عن (النهر) في معرض عقل الأديان : « ينبغي تقدير سنه بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ » ، وقال في خوف ألف الكفر : « ينزع منا وإن لم يعقل ديناً » ، فيفهم من هذا أن الصغير ينزع من حاضنته الذمية وإن لم يبلغ سبع سنوات .

الثاني - أن الفقهاء ذكروا الألف للكفر على سبيل المثال ، كان تأخذه الأم إلى معابدها أو تستقيه الخمر أو تطعمه لحم الخنزير ، ويستفاد من ذلك أن الفقهاء أرادوا أن يحولوا بين الطفل وما يفرس في نفسه عادة إحترام للكفر والإنصراف عن دين الإسلام ، فيقاس عليه كل مظهر من شأنه أن يثبت ذلك في نفس الطفل ، كان تذكر الأم على لسانها في جميع حركاتها وسكناتها وعلى مسمع من أولادها ألفاظ دينها بالإحترام والفاظ غيرها بالإستهزاء والسخرية .

الثالث - أن الفقهاء عبروا بكلمة (يخاف) في معرض ألف الكفر ، وفي ذلك دلالة على أنهم إتخذوا في الحضانة معياراً ضيقاً هو مجرد الخوف من ألف الكفر ، وما دام أنه لا مانع يمنع النمية التي تعتقد حل الخمر والخنزير أن تغذى إبنها به ، كما أنه ليس هناك مانع من الذهاب به إلى معابدها ، فإن ألف الكفر إن لم يكن أمراً محققاً ، فعلى الأقل متوقع ومتخوف منه .

وبإزالة هذه المبادئ والقواعد السابقة على واقعة الدعوى فإن الصغيرين (طارق) و(حسن) يتبعان دين أبيهما المسلم ، وذلك فهما مسلمان ، كما أن أولهما يبلغ السابعة من عمره ، وثانيهما في نحو الرابعة والنصف ، وما من شك في أن الطفل في هذا السن يتأثر بالمرثيات ، وهو وإن كان لا يعقل منها شيئاً في الأيام الأولى من حياته ، إذ تكون مجرد كلمات يعتادها لسانه ولا يكون لها أثر في نفسه ، إلا أنه إذا كبر وفهم معاني ما تلقاه بالمعاملة والمعاشرة ، يكون عنده كسائر العادات من غير ملاحظة معناها ، ولا يستطيع أحد أن ينكر ما للألم من دور فعال في حياة الطفل ، وما من شك في أن هذين الطفلين بحكم سنهما يخاف عليهما أن يألفا الكفر إذا بقيا في حضانة أمهما للمسيحية لإختلاف بيئتهما عن بيئتهما إختلاقاً بيناً من شأنه أن يؤثر على ديانتهم ، لأن ذلك مرتبط بما يقع في محيط الطفل من المرثيات والمسموعات ، وذلك الأمر الذي رتب الفقهاء على مجرد الخوف منه نزع الصغير من والدته النمية حتى ولو لم يعقل ديناً ، وما دام في سن يخشى عليه منها أن يألف الكفر ، لم يحدد له الفقهاء سناً معينة ، ولا شك أن في بقاء الصغيرين مع والدتهما فيه خوف على أن يألفا الكفر ومن مصلحتهم إبعادهما عنها ، وإن يكونا في حضانة جدتهما لأبيهما (١) .

(١) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٦٢/٢/٢٦ - القضية ٩٨ سنة ١٩٥٩ أحوال لجانب - للجمهورية الرسمية - السنة ٦١ - المبد ٣ - ص ٨٦٩ وما بعدها ، وإستئناف الاسكندرية - جلسة ١٩٦١/١/٢٦ - القضية ١٧ لسنة ١٦ لجانب - للمحكمة - السنة ٤١ - المبد ٩ - ص ١٢٧١ ، والأحوال الشخصية - للمستشار محمد الدجوي - جزء ١ - طبعة ١٩٦٩ - ص ٢٦٨ ، والأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - طبعة ١٩٦١ - ص ٢٤٧ - والجيز لأحكام الأسرة في الإسلام -

أصول شرعية فى الحضانة (الضم) :

١٤٤ مكرر ٢ - (١) الحضانة هى تربية الصغير ورعايته فى زمن مخصوص بحسب مقتضيات العرف - فإذا إعتدى شخص على عفة صغيرة وهى فى طريقها إلى المدرسة فى غفلة عن الحضانة ، فليس معنى هذا عدم أهليتها للحضانة ، إذ ليس معنى الحضانة حبس الصغير عند الحضانة أو ملازمتها له أينما سار (١) .

(٢) لم يشترط الفقهاء أن يكون الحاضن من الرجال مبصراً وإن كان بعض الفقهاء قد إشتراطه فى الحضانة وهو مقبول بالنسبة إليها لأن الصغير فى فترة حضانة النساء تكون حاجته ماسة إلى الخدمة والرعاية ، ولكنه فى فترة حضانة الرجال يمكنه أن يتولى أموره بنفسه . ومهمة الحاضن هى الإشراف على تربيته ورقابته ، يستوى فى ذلك المبصر وغير المبصر .

(٣) إذا كان الثابت أن زوجة الأب قد قامت بتعذيب ابنه من مطلقة وتقسو عليه وأنه حكم عليها نهائياً بالحبس ، موقف زوجها والد الصغير من ذلك موقفاً متخاذلاً ، فإن الصغير ينزع من يده ، لأنه عندئذ لا يكون أميناً عليه ، والأمانة شرط من الشروط التى يتعين توافرها فى الحاضن أو الحضانة .

(٤) إذا لم يكن من النساء من تصلح للحضانة سوى عمه الصغير الشرسوة وخالته البالغة من العمر ١٧ عاماً والبالغ بالعلامات وهى سن البلوغ الشرعى ، فإن الخالة القاصر أحق بحضانته .

(٥) محاولة قتل والد الصغير لابنه من زوجته السابقة بإلقائه من دور مرتفع والقضاء فى حقه بالسجن للشروع فى القتل موجب لسلب ولايته

= للشيخ محمد سلام مذكور - طبعة ١٩٧٥ - ص ٤٨٢ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البريسى - طبعة ١٩٦٥ - ص ٥٨٨ ، وأحكام الأولاد فى الإسلام - للشيخ زكريا أحمد البردى - طبعة ١٩٦٤ - ص ٤٣ .

(١) محكمة مصر الابتدائية للشرعية - جلسة ١٣/٥/١٩٤٠ - المحاماة الشرعية - ص ٧٥ .

على نفس الصغير عملاً بالمادة الثانية من القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .
ومقتضى سلب ولايته على نفس الصغير أن تسلب ولايته على ماله
كذلك . كما لا يجوز تعيينه وصياً أو مشرفاً أو قيماً ، ولا أن يختاره أحد
وصياً على أولاده .

(٦) إدخال الحاضنة الصغير دار الحضانة في الوقت الذي تكون فيه في
عملها غير مسقط لحقها في الحضانة ، لما هو مقرر شرعاً أنه ليس شرطاً
لأهلية الحاضنة للحضانة أن تتوافر على خدمة المحضون وتتفرغ له طول
الوقت ، بل إن من حقها أن تشرك معها من يتولى رعايته في بعض
الأوقات كالمریبة والخادم ، ودار الحضانة تقوم بالإشراف على المحضون
على وجه أفضل مما تقوم به المریبة أو الخادم .

(٧) لا يمنع إستحقاق النفقة ولا يسقطها إمتناع الإبن أو البنت عن
تنفيذ الحكم الصادر ضد أي منهما بالضم ، والهروب من تنفيذه وإقامة
العوائق لعرقلة التنفيذ غير مانع ولا مسقط للنفقة .

(٨) ليس لسواك المسلم أن يطلب ضم ولديه (سن ٤ وسن ٣)
لإختلافهما مع أمهما المسيحية الكاثوليكية لبنانية الجنسية المطلقة ، لأنهما
في سن لا يعقلان فيها الأديان .

(٩) المقرر شرعاً أنه غير مقبول الطعن على الإسلام بالصورية ،
لقوله تعالى : « ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً » ، إلا إذا
إقترن النطق بالشهادتين بما يكذب الناطق بهما ، بأن كان من إعتنق
الإسلام لا يزال يمارس شعائر دينه الذي كان عليه ، فإن ثبت أنه كذلك فإنه
يكون مرتكباً ، وبالتالي لا حق له في الحضانة ، بإعتبار أن الحضانة نوع من
الولاية ولا ولاية لمرتد .

حكم الحضانة في القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

١٤٥- تقضى المادة ١/٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للمعدة بالمادة
٣ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأن حق حضانة النساء ينتهي ببلوغ
الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن الثانية عشرة ، ويجوز
للقاضى - بعد هذه السن - إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة

والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصالحتهما تقتضى ذلك .

ويلاحظ على هذا النص الجديد زيادته سن الحضانة بالنسبة للبهنت عن سن حضانة الولد ، وهو الحكم الواجب الأعمال .

وإن القانون المصرى يسرى وحده على الحضانة - بإعتبارها من الآثار المترتبة على الزواج - إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد عقد الزواج (م ١٤ و ١٣ من القانون المدنى) (١) .

على أن فى بقاء المحضون فى يد الحاضنة بعد السن المحددة بالقانون الجديد وإن حرماها من أجر الحضانة ، فقد أبقى الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير ذلك من مصاريف التعليم والعلاج فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه (٢) .

وأحكام القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ هى الواجبة الأعمال ، ويلغى ما عداها (م ٥٥ مته) .

١٤٥ مكرر ١ - لما عن أجرة الحضانة فإنها تستحق للحاضنة غير أم الصغير ، لأن الحضانة عمل ليس عليها إلزام بأدائه بغير أجر : بالإتفاق .

وبالنسبة لأم الصغير فإنها إذا كانت لا تزال زوجة لأب الصغير أو كانت فى عته فلا تستحق أجرة حضانة ، ذلك لأن الحضانة تجب عليها ديانة ، وحتى لا تجمع بين نوعين من النفقة : نفقتها على والد الصغير وأجرة حضانته التى هى من نفقة الصغير ، تسوية فى الحكم بين العدة من طلاق رجعى والعدة من طلاق بائن ، ففى كل منهما لا تستحق الحاضنة أجرة الحضانة .

(١) يراجع فى التعليق على المادتين ١٢ ، ١٤ معنى كتابنا : التعليق على نصوص القانون المدنى للعمل - جزء ١ ، ونقض - جلسة ١٩/٣/١٩٨٥ - الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٢ ق احوال شخصية .

(٢) للمذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وتستحق أم الصغير أجره حضانة متى كانت لم تعد متزوجة من أبيه ولا معتدة ، لأنها عندئذ تكون كالأجنبية .

وتعتبر أجره الحضانة من نفقة الصغير ، وكذلك أجره رضاعه فتجب على من تجب عليه نفقة الصغير ، وذلك وفقاً للمذهب الحنفى (١) .

المنصوص عليه شرعاً أن الحاضنة لا تستحق أجره على الحضانة والإرضاع إذا كانت منكوبة أو معتدة لأبيه ، وعلل ذلك بأنها فى هاتين الحالتين تكون نفقتها واجبة على الأب بدون حضانة أو إرضاع ، فلا يجب بهما شيء زائد لئلا يؤدي ذلك إلى إجتماع الأجرة والنفقة فى مال واحد ، وهذا التعليل دليل على أن الحكم خاص بالمعتدة التى تستحق النفقة على الأب ، أما إذا كانت لا تستحق عليه النفقة فلا يشملها هذا الحكم ، وتكون لمنقضية العدة والأجنبية فى إستحقاق الأجرة لإنقطاع نفقتها من الأب وصيرورتها حابسة نفسها على ولده ، فيجب عليه أن يؤدي إليها أجر هذا العمل ، والمطلقة على الإبراء من نفقة العدة لا تستحق على مطلقها نفقة هذه العدة وإبرائها ليس إستيفاء لنفقة العدة حتى يقال إن فيه جمعاً بين النفقة والأجرة ، وإنما هو إسقاط فلا إستحقاق ولا جمع (٢) .

ولا تستحق المطلقة رجعيّاً أجره حضانة ما دامت فى العدة لأنها فى ذلك فى حكم الزوجة ، وتستحقها بعد إنقضاء العدة (٣) ، ولا نفرض أجره حضانة ولا أجره إرضاع إذا كانت الحاضنة قد تكفلت بالحضانة والإرضاع مقابل طلاقها من المدعى عليه . لأن ذلك يعتبر معاوضة ليس لها حق

(١) مصر الإبتلائية الشرعية - جلسة ١٨/٣/١٩٣٧ - المحاماة الشرعية - السنة ١١ العدد ٣ - ص ٥٠ .

(٢) الأزبكية الشرعية - جلسة ١٧/١١/١٩٢٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٣ - ص ٢٦٩ .

(٣) فاقرس للشرعية - جلسة ١٧/١٠/١٩٣٦ - المحاماة الشرعية - السنة ١٠ - العدد ٨ - ص ٢٥٦ والمؤيد إستثنائياً ، وقوة الشرعية - جلسة ٢/٥/١٩٣٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٩ - العدد ٢ - ص ١٠٢ وحكم بعدم سماح الإستئناف عنه لنهاية الحكم المستأنف .

الرجوع فيها (١) .

وقد ترديدت أحكام القضاء بالنسبة إلى إمكان زيادة أجره الحضانة من عدمه فذهب الرأي الغالب إلى أن أجره الحضانة لا تزداد ، سواء أكانت مفروضة بالتراضي أو بقضاء القاضى ، ذلك لأن الحضانة عمل ، وهو تربية الصغير ، وهو لا يتغير بمضى الوقت ، ولا يكبر سن الصغير ولا بزيادة راتب المحكوم عليه (٢) .

أما إننا سقط حق الحاضنة فى الحضانة (٣) ، ومع ذلك ظلت تحضن الصغير ، فإنها تستحق أجره حضانة ، لأن الحضانة عمل وأجرة الحاضنة تعتمد اليد (٤) .

وتستحق الحاضنة الجديدة للصغير أجره حضانة بفرض جديد ، ذلك

(١) السيدة زينب الشرعية - للحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ١٠ - ص ٩٥٠ ، والسيدة زينب الشرعية - المرجع السابق - السنة ٢٤ ، العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ ، ص ٤٠٢ ، الدنيا الشرعية - المرجع السابق ، السنة ٥ ، العدد ٢ ، ص ٢٤٨ ، وقنا الشرعية ، المرجع السابق ، السنة ٢٢ ، العدد ٩ ، ص ١٠ ، وما بعدها ، ونمياط الكلية ، جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ القضية ٥٥ سنة ١٩٧١ لحوال مستأنف ، وجلسة ١٩٧٢/١١/٢٥ ، القضيتان ٣٦ و ٣٧ سنة ١٩٧٢ لحوال مستأنف ، وجلسة ١٩٧٢/٤/١٤ ، القضية ٩٨ سنة ١٩٧٢ لحوال مستأنف .

(٢) محكمة الفساحى الشرعية - جلسة ١٩٢٨/١/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٠ - العدد ٩ - ص ٨٢٨ ، ومقاغة الشرعية - المرجع السابق - السنة ٣ - العدد ١ - ص ٨٥ ، والجمالية الشرعية - المرجع السابق - السنة ٨ - العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٢٦٥ ، وبورسعيد الشرعية - المرجع السابق - السنة ٥ - العدد ٥ - ص ٥٨٠ وما بعدها

(٣) ويؤجل أجر الحضانة بزوال اليد ، ولا يتقل كالنفقة ، فلا يزداد ، بل يستبدل بفرض جديد للحاضنة ذات اليد (الدنيا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/٦/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٧ و ٨ - ص ١٨٥) ، ولا يسقط أجر الحضانة بالإبراء إلا فى مقابل الطلاق (قنا الشرعية ، جلسة ١٩٥١/٤/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ١ و ٢ - ص ١٦٢) .

(٤) بورسعيد الشرعية - للمحاماة الشرعية - السنة ٨ - العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٢٧٤ ، وكفر مصر الشرعية - المرجع السابق - السنة ٦ - العدد ٩ و ١٠ - ص ٩٦٢ ورجعا للشرعية - المرجع السابق .

أن أجره الحضنة لا تنتقل (١) .

وقد ثار الخلاف بين المحاكم وكذلك بين الفقهاء حول ما إذا كانت أجره الحضنة تفرض عن مدة ماضية من عدمه .

والراجع في الفقه أنه ليس ما يمنع شرعاً فرض أجره الحضنة عن مدة سابقة ، سواء أكانت قبل أو بعد رفع الدعوى ، لأن الحضنة عقد إيجار يستحق الأجير أجره عن عمله ، وهذه الأجرة تعتبر ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، أي أنه ينبغي القضاء بالإستحقاق والإفتاء به وفقاً بحال المرأة ورعاية للصغير (٢) .

ولا يصح فرض أجره خادماً للصغير ما دام قد سبق الحكم لأمه بذلك وما دامت حال الأب لا تسمح بأكثر من خادم (٣) .

فإذا بلغ الصغير كان في يد نفسه لا أمه ، ولا تكون لأمه ولاية نفقة ولا المطالبة بالمفروض له (٤) .

ما يعمله الأب من نفقة الصغير إلى حاضنته يعتبر أمانة في يدها تنفقها عليه في الزمن الذي عجلت عنه ، فإذا خرج الولد من يدها قبل مضى الزمن المذكور ، كان من حق الأب إسترداد ما بقي من المعجل ، ما لم

(١) للنسب الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/٦/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٨ - العدد ١ و٢ و٣ - ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - المحاماة للشرعية - السنة ٤ - العدد ٨ و٧ - ص ٦٣ ومصر الابتدائية الشرعية - المرجع السابق - السنة ٢ - العدد ٩ ص ٨٥١ ، مصر الابتدائية الشرعية - المرجع السابق - السنة ١٠ - العدد ٨ - ص ٢٤٦ ، والسيدة زينب الشرعية - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٢ - ص ١٠١ وما بعدها ، وعكسه مصر الشرعية - جلسة ١٩٢٦/٤/٥ - المرجع السابق - السنة ٢ - العدد ١٠ - ص ٩٢٨ وما بعدها .

(٣) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢٢/٤/٢٥ - القضية ١٠١٩ سنة ١٩٢١ سنة ١٩٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٢ - ص ١٢٠ .

(٤) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢٢/٦/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٣ - ص ١٢٥ .

تدع الحاضنة هلاكه بخلاف المعجل من نفقة الزوجة ، فإنه لا يرد ولو وجد ما يسقطه قبل مضي زمنه وتستحق الحاضنة أجره الحاضنة عوضاً عن عمل تقوم به لمقعة الصغير ، فالمعجل منها عن زمن مستقبل يجب رد الباقي منه عن المدة التي زال فيها السبب وإنقطع فيها العمل بخروج الولد من يدها^(١) .

إذا كانت أجره الحاضنة مفروضة في مال الصغير لحاضنته ، وطلبت حاضنته الأخرى إمساكه بلا أجر ، خيرت الحاضنة الأولى بين أن تمسكه بلا أجر أو تتركه ، فإذا لم ترض بحضنته مجاناً ، حكم القاضي بضمه إلى الحاضنة الأخرى التي تطلبه بلا أجر ، إن من المنصوص عليه شرعاً أنه إذا وجد متبرع بالحضانة غير اجنبي عن الصغير وكان للصغير مال ، فإن الحاضنة المتبرعة - ولو أماً - تخير بين إمساك الصغير مجاناً أو تسليمه للقريبة المتبرعة لتحضنته مجاناً ، صوناً لماله من الضياع ، موسراً كان والد الصغير أو غير موسر (وقد عرضت المحكمة على المدعى عليها أن كانت بحق حريصة على مصلحة الصغيرة فلا ضير عليها أن تسبق إلى البر بها وتقبل حضانتها بلا أجر ، عرضت عليها المحكمة ذلك فلم تقبل طالبة رفض الدعوى ، ولعدم الطعن على أهلية المتبرعة للحضانة بمطعن مقبول ، لذلك حكمت المحكمة للمدعين والد الصغيرة وجديتها لأبيها على المدعى عليها جديتها لأمها التي توفيت بأن تسلم الصغيرة لجديتها لأبيها المتبرعة بحضانتها لتحضنها بلا أجر ، وامرتها بعدم التعرض لها في ذلك^(٢) .

(٤) أجرة الرضاع :

١٤٦ - الرضاع هو مص الرضيع اللبن من الثدي .

(١) راجع جرجا الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٧/١٢ - للحامدة الشرعية - السنة ١٨ - العدد ١٧٥ - ص ٥٧ .

(٢) مغاغة الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/١٨ - الحامدة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٧٥ و ٧٦ - ص ٢٨٠ ، وحاشية رد المحتار - للعلامة ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٨٧٧ و ٨٧٨ .

وقال ابن عابدين^(١) إن الرضاع فى اللغة يعم الحس ولو من بهيمة ،
والثدى للمرأة ، ويقال فى الرجل أيضاً .

ويعد أن تقضى المدة القصوى للرضاع يبدأ حق حضانة الصغير .

والرضاع من أسباب التحريم المؤبد ، عملاً بقوله سبحانه وتعالى :

« حرمت عليكم ... وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من
الرضاعة » . ولقوله ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

ويعنى فى الرضاع هنا ما يتعلق بحقوق الصغار .

وقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء فى مدة الرضاع الموجبة للتحريم ،
فيقول أبو حنيفة : إنها ثلاثون شهر (أى سنتان ونصف) .

ويحددها الشافعى وأحمد بن حنبل والصاحبان (أبو يوسف ومحمد)
بسنتين .

ويحددها زفر بثلاث سنوات .

ويحددها مالك بسنتين وشهر ، أو بسنتين وشهرين .

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن مدته سنتان ، وتسقط أجرة
الرضاع بعد بلوغ الرضيع حولين كاملين^(٢) .

ويشترط فى الرضاع الموجب للتحريم خمسة شروط :

(١) أن يكون اللبن لبن امرأة .

(١) ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٥٥٢ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للدكتور عبد
العزیز عامر - المرجع السابق - ص ١٥٢ وما بعدها ، والأحوال الشخصية
للمصريين المسلمين - للمستشار محمد النجوى - ص ٣٦١ وما بعدها ،
والأحوال الشخصية حقوق الأولاد والأقارب - للأستاذ محمد الحسينى حنفى
ص ١٤٦ وما بعدها ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين -
للقاضى أنور العمروسى - ص ٣٠٨ وما بعدها ، والمرجع السابق ذكرها فى
الحضانة .

(٢) سنودس الشرعية - جلسة ١٩٣١/١٢/٢٣ - للحاماة الشرعية - السنة ٥ -
العدد ٢ - ص ١٥٢ .

(٢) أن يصل اللبن إلى جوف الصغير على وجه اليقين بالإمتصاص أو الشراب أو بآية وسيلة أخرى .

(٣) أن يصل اللبن إلى جوف الصغير عن طريق الفم أو الأنف ، إذ يصل عندئذ إلى المعدة فيتغذى ، والتغذى هو مناط التحريم .

(٤) أن لا يكون اللبن مخلوطاً بغيره ، فإن خلط بالماء أو بلبن حيوان أو أي سائل آخر فالعبرة بالغلبة .

وكذلك إذا اختلط بلبن امرأة أخرى . أما إذا خلط بطعام وطبخ مكان بعضه ، فلا يتعلق به تحريم بالإتفاق .

(٥) أن يكون الرضاع في خلال سنتين من ولادة الطفل على الراجح .

وجاء بحاشية ابن عابدين نقلاً عن البحر أن مدة الرضاع في حق الأجرة حولان عند الكل ، حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعاً وتستحق فيها إجماعاً (١) .

وقال تعالى وهو أصدق القائلين : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » .

ويفرق الفقهاء من ناحية وجوب الرضاع على أم الصغير (٢) أو عدم

(١) حاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٩٣١ .

(٢) وقد قضى بأن مدة الإرضاع في حق الأسرة حولان لا أكثر (مائة ٢٧١ من الأحكام الشرعية لقدرى باشا) ، وتستحق أجرة الرضاع من مدة ماضية أسوة بأجرة الحضانة وفقاً بحال الصغير (مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢٨/٥/٩ - المحاماة الشرعية - السنة ١٠ - ص ٧٤٦) ، وقضى بأن الإبراء من أجرة الرضاع صحيح وإن لم تعين مئة ويحمل على مئة وهي سنتان (طنطا الابتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٢ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٦ ، ص ١٥٧) ، وقضى بأن إستئناح فرض أجرى حضانة وإرضاع الصغير خاص بالمعنة التي تستحق النفقة على مطلقها ، أما من لا تستحق النفقة فحكمها حكم منقضية العدة والأجنبية في إستحقاقها للأجرة (الأزكية الشرعية ، جلسة ١٩٢٨/١٢/١٧ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ص ٢٦٩) وقضى بأنه لإيجاب طلب الحضانة فرض أجرى حضانة وإرضاع الصغير إذا كانت قد تكلفت بالحضانة والإرضاع مقابل طلاقها من الدعى عليه (السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١١/٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٩٥٠ .

وجوبه بين ما إذا كانت الأم متعينة لإرضاع الصغير وبين ما إذا كانت غير متعينة .

وتكون الأم متعينة لإرضاع الصغير بأن كان لا يقبل إلا ثديها ، ومع ذلك - كما يقول ابن قدامة (١) إن الأم إذا انقطعت علاقتها الزوجية لا تجبر على الإرضاع ، لأن الرضاع من النفقة الواجبة شرعاً على أب الصغير ، إلا إذا كانت متعينة له بأن كان لا يلقم إلا ثديها ، أو لم يكن لأب الصغير ولا للصغير مال فعندئذ تجبر على إرضاعه دفعاً للهلاك عنه في مقام الضرورات التي تبيح المحظورات .

أما إذا كانت الأم في عصمة والد الصغير ، فقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول وجوب الرضاع وعدم وجوبه (٢) .

فنذهب رأى إلى القول بأن ليس للزوج أن يجبرها على القيام بالرضاع قضاء ، وإن كانت تائم ديانة إذا امتنعت (لحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، والثوري) .

بينما ذهب رأى آخر إلى القول بأن الأم تجبر على رضاع ولدها قضاء

(١) المغنى ، لابن قدامة ، جزء ٩ ، ص ٢١٢ .

(٢) وقضى بأن إمتناع فرض لجرى حضانة وإرضاع الصغير خاص بالممتدة التي لا تستحق النفقة على مطلقها ، أما من لا يستحق النفقة فحكمها حكم منقضية العدة والأجنبية في إستحقاقها للأجرة (الأقصر الشرعية ، جلسة ١٩٢٤/٢/٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٥ ، العدد ١٠ و ٩ ، ص ٩٤٠) ، وقضى بأن أجرة الرضاع لا تسقط بموت الرضيع ولا بموت المرضعة ، لأنها دين صحيح وليست نفقة ، ويمكن للورثة المطالبة بها (كوم إمبو الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٦/٢٩ - للمحاماة الشرعية ، السنة ١٦ ، العدد ١٠ و ٩ - ص ٢٥٦) وقضى بأن الأم تستحق أجرة رضاع عن مدة ماضية على رفع الدعوى ، ولو لم يكن هناك عقد بينها وبين أبى الصغير ، ذلك أن أهل الفقه يرون الأخذ بما إستظهره صاحب البحر وصرح به في الدور ورد المختار لأنه أرفق بحال الصغير ، كما رأوا الأخذ بالقول بعدم سقوط نفقته المفروضة بمضى شهر ولو لم تستدنها الأم بإذن الأب أو القاضي على ما جرى عليه التزيمى وأقر في البحر والنهر (وشرح التتوير) طنطا الجزئية الشرعية ، جلسة ١٩٣٠/٣/١٩ ، للمحاماة الشرعية ، السنة ٢ العدد ١٠ ، ص ٩٩٢ وما بعدها) وذلك على الراجح في أحكام القضاء .

عند الإمتناع (إبن أبي ليلى ، والحسن بن صالح ، وأبو ثور ، ورواية عن مالك) إلا إذا كانت الأم متبرعة فهي أولى بالأولى .

ونذهب رأى ثالث إلى أنه إذا كان العرف يجرى على أن الأم تجبر على الإرضاع إتبع ، وإن لم يجر به فلا تجبر (المشهور عن مالك) .

ومن جهة أخرى إذا رغبت الأم أن ترضع ولدها ، فالأمر يختلف . فإذا كانت في حبال زوجها :

فقد ذهب رأى إلى أن يمنعها لأنه يخل بإستمتاعه بالزوجة .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن القول بأن ليس له أن يمنعها ولو باجر لأنها أولى من غيرها .

أما إذا كانت في غير حبال زوجها فالظاهر أن له أن يمنعها زوجها الآخر- إن وجد - من ذلك لإخلاله بحقه فى الإستمتاع .

بينما يذهب البعض^(١) إلى القول بأن ليس للزوج أن يمنع زوجته التى فى حباله من إرضاع الولد ، وأنه ليس فى إرضاعه ما يخل بالإستمتاع ، لأنه لا يستمتع بالزوجة فى كل وقت من الليل والنهار ، كما أن لبن الأم أجدى على الولد من لبن غير الأم ، وهى أكثر حناناً وعطفاً . وأشفق ، وأعرف بحاجياتها - أما إذا كانت فى غير حبال زوجها ، وعرضت أن ترضعه فلها ذلك ، وإن كانت فى حبال زوج آخر ، فإذن الأمر معلق على إذن ذلك الزوج .

فيلزم نص الإتفاق على أن ما قدر للصغير هو نفقة له بجميع مشتملاتها دخل فى ذلك أجر الرضاع (٢) .

أما بالنسبة لأجر الرضاع ، كما يجب التفريق بين ما إذا كانت الأم فى حبال والد الصغير أم معتدة من طلاق رجعى ، وبين ما إذا كانت مطلقة

(١) الأحوال الشخصية ، للدكتور عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .

(٢) دمنهور الشرعية ، جلسة ١٩٤٧/٨/٨ ، للمحاضرة الشرعية ، السنة ٢١ ، العدد ٨٧ - ص ٣٩٥ .

طلاقاً بائناً أم أجنبية عنه (١) .

(١) فإذا كانت الأم في حبال الزوج ، فالراجع أنها لا تستحق إجر ، ذلك أن مثونة الصغير على أبيه ، وكذلك مثونة والدته على زوجها ووالده وهو قائم بها فعلاً ، فلا يصح أن يجتمع عليه نوعان من النفقة ، وكذلك الأمر إذا كانت مطلقة طلاقاً رجعيّاً ولا تزال في العدة لأنها عندئذ تكون كالزوجة حكماً وإن الرضاع واجب عليها لصيانة الصغير .

(ب) أما إذا كانت الأم مطلقة طلاقاً بائناً وانقضت عدتها أو كانت أجنبية عن والد الصغير ، فالراجع أنها تستحق أجره إرضاع .

وقال ابن عابدين : « فعل الإرضاع واجب عليها ومثونة على الأب ، لأنها من جملة نفقة الولد ، ففي حال الزوجية هو قائم بتلك المثونة لا بعد البينونة فتجب عليه بعدها » (٢) .

ويذهب البعض (٣) إلى تأييد الرأي القائل بأن الزوجة أو المطلقة رجعيّاً

(١) وقد قضى بأنه إذا نص في الاتفاق على أن ما قدر للصغير هو نفقة له بجميع مشتملاتها دخل في ذلك أجر الرضاع ، وهو بهذه المثابة إتفاق صحيح ، فقد جاء في الفتاوى الخيرية : « سئل في رجل سألته زوجته أن يطلقها على إرضاع ولده الذي هي حامل به وعلى إمساكه مدة سنتين معلومة هل يلزمها ذلك ويكون حكمه حكم الخلع أجاب نعم إلى آخره » وقد قضت المحاكم في مثل هذا الاتفاق « يراجع حكم محكمة مصر الشرعية الإستئنافية بجلسة ١٩٢٢/٢/٢٥ ، المنشور بالعدد الثالثة من مجلة المحاماة الشرعية العدد السابع صفحة ١٤٦ ، (دمهور الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٤٧/١/١٨ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٠ - العدد ١٠٩ - ص ٢٥٤) وقضى بأن إمتناع الأم عن إرضاع ولدها دليل على عدم قدرتها على إرضاعه فلا تجبر إلا فيما نص عليه وهو « إذا لم يكن للولد لأبى مال يستأجرون مرضعة ولم توجد متبرعة ، وإذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها ، وإذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها (الزقاقين الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٤٦/١/٩ - المجموعة الرسمية - السنة ٤٨ - العدد ٦ - ص ٤٢٩ وما بعدها ، ومنشور بالمحاماة الشرعية - السنة ١٩ - العدد ٤ ، ٥ و ٦ - ص ١٩٥) .

(٢) ابن عابدين - جزء ٢ - للرجع السابق - ص ٩٢٩ وما بعدها (الحاشية) ٥ .

(٣) الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - للرجع السابق - ص ١٧٠ .

لا تستحق أجر على الرضاع وتستحقها بعد البينونة لأنها عندئذ تصير كالأجنبية ، وهو الرأى الذى نؤيده لأنه يتفق مع الأصول الشرعية^(١) .

وبعد البينونة إذا وجدت أجنبية متبرعة فهى أولى من الأم ، وإن أقبلت أجر أقل مما طلبته الأم .

وسابقة فرض أجر مسكن لبعض الأولاد مانع من فرض أجر مسكن آخر لأخيه^(٢) ، فهذا الأجر لا يتعدد بقدر عدد الأولاد .

الأصول الشرعية فى (رؤية الصغير) :

١٤٧- تتصل رؤية الصغير بحق حضائنه شرعاً ، وقد جاءت كتب الفقه فى المذاهب الأربعة بأصول شرعية هامة فى أحكام رؤية الصغير .. دلت على أن الشرع الإسلامى الحنيف بلغ حداً عظيماً من التطور ، يجعل منه تشريعاً صالحاً لكل زمان ولكل مكان .

(١) وقد قضى بأن من المقر فى الفقه المئضى أن مدة الإرضاع بالنظر إلى إستحقاق الأجرة وهى الحولان الأولان من حياة الرضيع فلا تستحق الأم (والجدة بالأولى) لجرة على إرضاعه بعد الحولين لقوله تعالى : « والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعل الله تمام الرضاعة حولين كاملين (أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية - للشيخ عمر عبد الله - طبعة ١٩٥٨/٢ - ص ٤٧٩) ، وقد جاء فى (الدر المختار) فيما يتعلق بمدة الإرضاع قوله : « لما لزوم لجرة الرضاع للمطلقة فتقدر بحولين بالإجماع » (الدر المختار على هامش حاشية ابن عابدين ، جزء ٢ ص ٥٥٠) وقد جاء فى حاشية ابن عابدين نقلاً عن البحر أن أكثر المشايخ على أن مدة الرضاع فى حق الأجرة حولان عند الكل حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعاً وتستحق فيهما إجماعاً (حاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٩٣١) فتمت بلغ الصغير حولين كاملين لا حق للأم فى المطالبة بأجرة الرضاع ، ولا يتوقف سقوط حقها فى الأجر على التراضى أو القضاء ، وهذا ما يجرى عليه العمل فى محاكم الأحوال الشخصية بجمهورية مصر العربية (الأحوال الشخصية - للشيخ زكريا البرديسى - طبعة ٦ - ١٩٦٥ - ص ٥٧٥ ، ويلقاس الجزئية - جلسة ١٥/١٠/١٩٦٩ - القضية ١٦٤ سنة ١٩٢٩ أحوال شخصية) .

(٢) مصر الإبتائية الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٦/٢ - للحامسة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٢ - ص ١٣٢ .

فقد إتخذ إجماع (١) على أنه لا يمنع أحد الأبوين من زيارة الولد لدى الآخر ، لقوله تعالى : « لا تضار والدته بولدها ، ولا مولود له بولده » .

وجاء فى (المغنى) (٢) أنه يحسن بالأم أن تتحرى الأوقات التى لا يكون فيها الأب فى المنزل - فى معاشه نهائياً مثلاً - حتى لا يحصل اللقاء بين الأم والأب ، فعندها أولى ، ويجب ألا يختلى الأب بالأم ، ولا يطيل المكث لديها ، ولا يتبسط كل منهما لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط كل فى منزل الآخر .

وجاء فى (نهاية المحتاج) (٣) أنه يجدر بالأب أن يتحرى الأوقات المناسبة للزيارة ، ومقتضى ذلك أن يمنع من زيارتها ليلاً ، لما فى الزيارة ليلاً من الريبة أو الخلوة .

وقد اختلفت فىمن له حق الرؤية .

فذهب رأى إلى القول بأن ذلك يثبت للأب ومن يقوم مقامه ، وللأم ، فقط .

بينما ذهب رأى آخر إلى القول بأن يثبت للأب والأم والأقارب .

والرأى الأول هو الذى عليه الإجماع ، وهو أيضاً الراجح فى المذهب الحنفى المعمول به (م ٢٨٠ من اللائحة الشرعية) (٤) .

وفى طلب المدعى الحكم على المدعى عليها بأن تمكنه من رؤية ولدها كل أسبوع مرة بمقر قسم شرطة ميت غمر أو بمقر الاتحاد الإشتراكي مع النفاذ وإلزامها بالمصاريف .

(١) التنوير والدر حاشية ابن عابدين (حنفى) - جزء ٢ - ص ٨٨٥ ، والمغنى ، لابن قدامة - جزء ٩ - ص ٣٠٢ ، وكشاف القناع ، للبهوتى ، جزء ٢ ، ص ٣٣١ (حنفى) ونهاية المحتاج ، للرملى ، جزء ٦ ، ص ٢٩٥ (شافعى) .

(٢) المغنى ، لابن قدامة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .

(٣) نهاية المحتاج ، للرملى ، المرجع السابق ، ص ٢٧٣ .

(٤) المراجع السابقة ، وإيضاً : الهداية - للميرغنى - جزء ٢ - ص ٣٧ و ٣٢ ، والدر وحاشيته - لابن عابدين - جزء ٢ - ص ٦٥٢ ، والبحر الرائق - لابن نجيم ، جزء ٤ - ص ١٨٤ وما بعدها .

ويجلسة ١٦/٢/١٩٧٥ حكمت المحكمة غيابياً بأمر المدعى عليها بأن
تسكنه من رؤية ولدها كل خمسة عشر يوماً بالمكتب التنفيذي بمقر الاتحاد
الإشتراكي يमित غمر بين الساعة ١٢ ظهراً والساعة ٤ مساءً والزمتهما
بالمصاريف الرسمية (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت نصوص فقه المذهب الحنفي التي
تحكم الموضوع بالإعمال للمادتين ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٢٨٠
من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، تقضى بأن حق كل من الأبوين في
رؤية ولدهما كل أسبوع مرة ، وكان المدعى قد طلب القضاء له بهذا ، فإن
الحكم إذ قضى بالرؤية كل خمسة عشر يوماً ، فإنه يكون - فضلاً عن
مخالفة الثابت بالأوراق وقضائه بما لم يطلب ، وقصور أسبابه عن حمل
قضائه في هذا الموضوع - مخالفاً للقانون ومخطئاً في تطبيقه .
وإختلف في فترات الرؤية (٢) .

فيذهب البعض إلى أنها تكون كل أسبوع بالنسبة لأم الصغير ، قياساً
على حق زيارة ولديها لها كل يوم جمعة ، ونهب البعض الآخر إلى إمكان
ذلك لها كل يوم متى كان منزلها قريباً من منزل والد الصغير ، وقد علق
(إبن عابدين) على هذا بأنه أرفق بالأم ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا
توله والدة على ولدها » .

أما الأب فقد ذهب البعض إلى تسوية حقه بالأم ، أي تقرير الرؤية له
كل أسبوع أو كل يوم ، ليطلع على أحوال ولده ، وما قد يحتاج إليه من
ماكِل أو ملابس أو رعاية طبية ، والراجح ألا تكون كل يوم ، وأن يستأنن

(١) ميت غمر - جلسة ١٦/٢/١٩٧٥ - القضية ٩٠٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .
(٢) ويراجع في الرؤية من كتب الفقه الحديث ، الأحوال الشخصية ، للدكتور عبد
العزیز عامر ، طبعة ١٩٦١ ، ص ٤٢٥ وما بعدها ، والأحوال الشخصية ، للأستاذ
محمد الحميشي حنفي طبعة ١٩٦٥ ، ص ١٧٠ وما بعدها ، وكتابة : دروس في
حقوق الأولاد والأقارب طبعة ١٩٧٥ - ص ٩٢ ، والولاية على النفس - للدكتور
أحمد فراج حسن - ص ٢٠٦ وما بعدها ، والوجيز في أحكام الأسرة - للشيخ
محمد سلام مذكور - ص ٥٠٦ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد
زكريا البرديسي - ص ٦٠٤ .

نودج الأم في الزيارة فإن لم يأنن كان على الأم إخراج الصغير لأبيه ليراه .
وليس للأب أن يمنع البنت من زيارة أمها ، وإن كان من صالح البنت أن
تسعى الأم لرؤيتها .

أما في القضاء الشرعي فقد سجلت أحكامه العديدة أحكام رؤية
الصغير من حيث حق الوالدين ، أو غيرهما ، وأوقات الرؤية ، ومكانها على
النحو التالي :

فقد قضى (١) بأن رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه شرعاً ، ولا
يجبر من في يده الصغير بحق على نقله للآخر ليراه ، وفقط لا يمنعه من
ذلك .

وقضى (٢) بأن المنصوص عليه شرعاً أن للأم أن تنتقل بالصغير من
بلد إلى آخر غير بلد الحضنة إذا كان بين البلدين تقارب ، بحيث يتمكن
الأب من رؤية ابنه والرجوع في نهاره ، سواء أكان وطنها أم لا ، عقد عليها
فيه أولاً .

وقضى (٣) بأن حق الرؤية مقرر شرعاً للأبوين ، ولا يشمل غيرهما
من العصبات أو الحاضنات (كالجد والجدّة) . فالمنصوص عليه في كتب
المذهب متوناً وشرحاً تقيد المسألة بالملقة والأب ، ولم نر من أجازها في
غيرهما ، فوجب الإقتصار على موضع النص وهو واضح بين الأم لكونها
أمّاً وعلى الرقيق بها ولم يرتبه على وصف الحضنة أو العصابة ، وبين
الأب.

وقضى (٤) بأنه يحق للأب شرعاً أن يرى طفله الصغير في أي وقت

-
- (١) إسنا الشرعية - جلسة ١٩٢٨/٥/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٩ - ص ٦٤٣ .
(٢) مصر الشرعية الكلية - جلسة ١٩٤٠/٩/١٠ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ -
ص ٨٦ .
(٣) الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٢٤/٥/٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٦ -
ص ٧٨٠ .
(٤) القصير الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٥/٣١ - المحاماة الشرعية - السنة ٥ -
ص ٩٠٨ .

يشاء ولا يصح للحاضنة منعه من ذلك ، لأن الطفل في حاجة شديدة إلى رعاية والده ومن الظلم أن يحرم الوالد من رؤية ولده مع ما هو مفطور عليه من الشفقة والحنو عليه ، إلا أن حق الوالد في ذلك لا يصح أن يؤخذ نزيعة للإخلال بحق الحاضنة في الحضانة ولا لإنقاص هذا الحق .

ويناء على ذلك يكون له الحق في رؤيته وكلامه تحت إشراف الحاضنة- ولما كان النص لم يحدد للرؤية وقتاً مخصوصاً ، فلا وجه لجعل الرؤية في وقت مخصوص ، لأن القاضي مقيد بأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة .

وقضى (١) بأن لكل من الوالدين حق رؤية الولد ، كما نص على ذلك شرعاً ، ولأن حق رؤية ولدها الذي ليس في يدها كل أسبوع مرة ، ولغيرها كل شهر أو كل سنة مرة على الخلاف بين الفقهاء في ذلك .

وقضى (٢) بأن الفقه والقضاء قد قررا أن الحاضنة لا تجبر على تمكين الأب من الدخول عندها لرؤية الصغير ، ولها أن تمنعه من ذلك وأن تكفي بإخراج الصغير إليه ليراه ، وجرى العمل على أنه عند الإمتناع عن تنفيذ الحكم بالتمكين من رؤية الصغير أن ينفذ عن طريق الإنابة بإستحضار الصغير إلى قسم الشرطة حتى يتمكن المحكوم له من رؤيته ، غير أن هذه الطريقة تترك في نفسية الصغير أثراً سيئاً ، الأمر الذي يتعين معه أن يتضمن الحكم بالتمكين من الرؤية تحديد مكان مناسب يحصل فيه ، مراعاة للمشاعر النفسية للصغير .

ندعوى بطلب تمكين أب من رؤية إبنته ...

أوضح الحكم أن المقرر شرعاً أن وجود الصغير في سن الحضانة بيد حاضنته لا يمنع من ثبوت ولاية الأب وحقه في تعهده والنظر في مصالحه ، لذلك قرر الفقهاء أن له حق رؤية الصغير ، وأنه ليس للحاضنة أن تمنعه عنه ، كما أثبتوا هذا الحق أيضاً للأم بعد إنتهاء حضانتها وضم الصغير إلى

(١) قنا الشرعية - جلسة ١٢/١٢/١٩٤٠ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - ص ١١١ .

(٢) مرسوم مطروح - جلسة ١/٢٥/١٩٦٨ - القضية ٣ سنة ١٩٦٨ أحوال نفس .

أبيه . ولم تبين أكثر النصوص الفقهية فى هذه المسألة كيفية تنظيم هذا الحق ، ولما كان تنظيمه أمراً واجباً حتى لا يتخذ ذريعة إلى الإضرار بالأب أو الأم وهو ما لا يجوز ، أخذنا من قول الله تعالى : « لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده » ، فقد لجأ القضاء إلى الاجتهاد فى هذه المسألة بقياسها على ما نص عليه فى الزواج . كما قالوا فى خصوص الرؤية أنه يثبت لكل من الوالدين حق رؤية الصغير إذا كان فى يد الآخر كل أسبوع مرة ، وأخذت بعض الأحكام بقياس آخر وهو قياس رؤية الأب للصغير وهو فى يد حاضنته ورؤية الأم له بعد ضمه إلى أبيه على رؤية الوالدين للزوجة ، والمنصوص عليه فى الفقه - فى الزوجة - أنه ليس للزوج أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من رؤيتها وكلامها أى وقت إختاروا ، لأن فى ذلك قطيعة للرحم ، ولا ضرر عليه فى ذلك ، وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام ، وبناء على ذلك ذهب الفقه إلى أن حق رؤية الصغير يثبت لكل من الوالدين فى أى وقت شاموا ، وأضاف إلى ذلك أنه من حيث أن النص لم يحدد لرؤيته وقتاً مخصوصاً فلا وجه لجعل الرؤية فى وقت مخصوص ، لأن القاضى مقيد بأرجح الآراء فى مذهب أبى حنيفة ، إلا أنهم وضعوا قيداً على ذلك الحق وهو أنه لا يصح أن يتخذ ذريعة للإخلال بحق من له إمساك الصغير ولا الإنتقاص من هذا الحق ، فقررنا أن الأب يكون له الحق فى رؤية الصغير وكلامه تمت إشراف الحاضنة .

كما أن الفقه والقضاء قد قرروا أن الحاضنة لا تجبر على تمكين الأب من الدخول عندها لرؤية الصغير ، ولها أن تمنعه من ذلك ، وأن تكتفى بإخراج الصغير إليه ليراه ، وجرى العمل على أنه عند الإمتناع عن التمكين من رؤية الصغير أن ينفذ عن طريق رجال الإدارة بإستحضار الصغير إلى قسم الشرطة حتى يتمكن للحكوم له من رؤيته ، وذلك تطبيقاً للمادة ٢٤٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، غير أن هذه الطريقة تترك فى نفسية الصغير آثاراً سيئة .

ومن المتفق عليه أن منلر الحضانة والأحكام المتعلقة بها على نفع المحضون ، الأمر الذى يتعين معه أن يتضمن الحكم بالتمكين من الرؤية

تحديد مكان مناسب تحصل فيه مراعاة للمشاعر النفسية للصغير .

أحكام الرؤية في القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

١٤٧ مكرر ١ - هذا ، وقد نصت المادة ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية معلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على حق الجدين في رؤية الصغير أو الصغيرة أسوة بالأبوين في الرؤية عند عدم وجود الأخيرين ، وعند عدم الاتفاق ينظم القاضى الرؤية على أن تكون في مكان لا يضر بنفس الصغير ، وأن لا تتم الرؤية قهراً . وعند إمتناع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم أنذره القاضى ، فإن تكرر ذلك منه جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الصغير إلى من يليه في الحضانة .

أجر المسكن :

١٤٨ - من المقرر في الأصول الشرعية أن أجر المسكن من نفقة الصغير كما هو من نفقة الزوجة ، ويفرض من يوم الحكم شأنه في ذلك شأن نفقة الصغير التي يقضى بها من يوم الحكم ، ونفقة الأقارب ، وزيادة النفقة .

وقد ثار الخلاف في القضاء الشرعى والفقه^(١) ، عن مدى إستحقاق الحاضنة لأجر المسكن إذا كان لها منزل تسكن فيه والصغير معها .

فذهب رأى - إلى أنها لا تستحق على والد الصغير أجر مسكن متى كانت تملك منزلاً .

بينما ذهب رأى آخر - إلى التفرقة بين ما إذا كانت تملك مسكناً وتسكن بالفعل فيه مع الصغير ، وفي هذه الحالة لا تستحق أجر مسكن ، وبين ما إذا كانت تملك منزلاً ولا تسكن فيه ، أو كانت تسكن بالصغير مع زوج آخر هو لجنبى عن الصغير (في فترة يدها على الصغير حتى ينزع

(١) مرسى مطروح - جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ - القضية رقم ٣ سنة ١٩٦٨ لحوال نفس ، والهداية - للميرغنى - جزء ٢ - ص ٢٢٢ و ٢٢٣ ، والدر وحاشيته - لإبن عابدين - جزء ٢ - ص ٦٥٢ ، والبصر الرائق - لإبن نجيم - جزء ٤ - ص ١٨٤ حتى ص ١٨٦ .

منها) أو مع والدها ، ففي هذه الحالة تستحق أجر مسكن ، لأن سكني الصغير غير واجبة على زوجها الأجنبي عنه في الحالة الأولى ، ولأن سكانها غير واجبة على أبيها (١) في الحالة الثانية (٢) .

ونذهب رأي ثالث - إلى أن الحاضنة غير ملزمة بسكني الصغير معها وإنما تجب السكنى على الملتزم شرعاً بنفقته .

وقد قضى (٣) بأن أجره مسكن الزوجة يدل على المسكن ، يصار إلى فرضه شرعاً عدم وجود البند منه .

وقد قضى (٤) بأنه إذا كان للحاضنة مسكن ، مملوك سكانه ، فليس لها أجره مسكن ، ويجوز للقاضي أن يحكم بالشهادة التي سمعها القاضي الآخر .

وقضى (٥) بأنه لا يجاب طلب إبطال أجره مسكن الحاضنة بسكني الحاضنة في بيت أبيها .

وقضى (٦) بأنه لا بالنسبة لنعمى المستأنف على الحكم المستأنف قضاؤه

(١) فقهاء الحنفية والمالكية .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١١/٢٠ - للحاماة الشرعية - السنة ٢١ العدد ٢ و٤ - ص ١٧٧ .

(٣) دمياط الابتدائية الشرعية - الدائرة الإستئنافية - جلسة ١٩٧٥/٦/٢١ .
(٤) دمياط الشرعية - جلسة ١٩٤٥/٨/٢١ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٠ العدد ٢ و١ - ص ٨٥ ، وعكسه : لسهوط الكلية الشرعية - جلسة ١٩٣٧/٤/٧ - ص ٨ - ٥ .
٢٠٨ - الخليفة الشرعية - جلسة ١٩٤٧/١٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٩ - العدد ٧ و٨ و١٠ - ص ٢٢٧ ، فإننا كان للحاضنة مسكن في غير بلد الحاضنة الشرعي ، فإنها في هذه الحالة لا يمكن إلزامها بالانتقال للسكنى فيه ، فيعتين وجوب السكن لها على من تلزمه نفقة الصغير (مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٦/٨ - المرجع السابق - السنة ٢ - العدد ٩ - ص ٨٥٢ وما بعدها) .

(٥) إمبابة الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٦/٥ - المرجع السابق - السنة ١٧ - العدد ١ و٢ - ص ٤٠ .

(٦) دمياط الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ - الإستئناف ٥٥ سنة ١٩٧١ - جلسة ١٩٧٣/٤/١٤ - الإستئناف ٩٨ سنة ١٩٧٢ ، والدر المختار وحاشية إبن عابدين - جزء ٢ - ص ٨٧٧ ، ومرايب الجليل والتاج والإكليل - للعلامة إبي عبد الله القرناطي - جزء ٤ - ص ٢٣١ ، والأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - طبعة ١٩٦١ - ص ٢٨٦ وما بعدها .

للمستأنفة بأجر مسكن حضانة ، قولاً بأنها لم تستأجر مسكناً لأنها - على ما يذهب المستأنف تقيم مع والدها بغير أجر ، وأن عقد الإيجار المقدم منها عقد صوري - فإن فقهاء كل من الحنفية والمالكية اختلفوا فيما بينهم في مدى إلزام الملتزم بنفقة الصغير بأجر مسكن الحضانة ، على الرغم من تسليمهم بأن هذا الأجر من نفقة الصغير ، وزاد خلافهم حدة فيما إذا كان للحضانة مسكن مملوك لها ويقوم الصغير معها فيه تبعاً لها ، وبأن اجرة مسكن الحضانة تجب على من تلزمه نفقة الصغير ، لأن هذا متعلق بالنفقة على الوالد ، فلزم من يقوم بالإنتافق عليه ، وإن كان للحضانة مسكن تحضن فيه الصغير ، لأنها بحسب الأصل لا تتحمل شيئاً في المسكن الخاص بالولد ولو لم يكن الولد معها .

وقضى^(١) بأن العمل والعرف على عدم تجزئة المفروض لأجر الخدمة ومسكن الحضانة ، فإذا فرض للحضانة أجر في خدمة ومسكن حضانة صغار ، ثم توفي أحدهم ، فإنه لا يجوز طلب إبطال ما أصاب الصغير المتوفى في هذه الأجرة لأن السكنى واجبة للحاجة وهي قائمة فالوجوب مستمر ، ومن تخدم شخصاً تخدم أكثر والأجر واحد ، والمعرف إعتباره عند الفقهاء .

أحكام الإختصاص النهائي للمحكمة الجزئية في المطالبة بنفقة الصغير :

١٤٩- وكما قلنا في نفقة الزوجة يكون الظاهر من نص المادة التاسعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ أن الحكم الصادر بنفقة الصغير يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيته في الحالات الآتية :

- للنياحة العامة أن تطعن بالاستئناف في جميع الأحوال في الأحكام والقرارات الصادرة في الدعاوى التي يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها

(١) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١/٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - ص ٩٦ .

ويتبع فى الطعن الأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (مادة ٥٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

اختصاص المحكمة الجزئية :

تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل التالية ، ويكون حكمها قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيتها (م ٩) .

١- فى المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

- أ- دعاوى ضم الصغير وحضنته وحفظه ورؤيته والانتقال به .
- ب- دعاوى النفقات وما فى حكمها والأجور والمصروفات بجميع أنواعها .

ج- دعاوى الإنان للزوجة بمباشرة حقوقها .

د- دعاوى المهر والنوطة والشبكة والجهاز . ويكون الحكم نهائياً إذا كان المطلوب لا تتجاوز ٢٠٠٠ جنيه (بمراعاة نص الفقرة ١ من المادة ٤٢ مرافعات المعنلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية - فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ - العدد ٢٢ مكرر - التى أحالت عليها المادة ٩ فقرة ٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

هـ- تصحيح قيود وثائق الزواج والطلاق فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

و- توثيق ما يتفق عليه ذوى الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً .

ز- الإنان بزواج من لاولى له .

ح- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، ما لم يثر بشأنها نزاع .

٢- المسائل المتعلقة بالولاية على المال :

حتى كان المطلوب حمايته لا يتجاوز ١٠٠٠٠ ج عشرة آلاف جنيه (م ، ١/٤ مرافعات معدلة التى أحالت إليها المادة ٩ ق١ لسنة ٢٠٠٠ فى هذا الخصوص) :

١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل في حساباتهم وعزلهم واستبدالهم .

ب- اثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله .

ج- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائي واستبداله .

د- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإذن للقاصر بتسلم أمواله وإدارتها وفقاً لأحكام القانون ، والإذن له بمزاولة التجارة وإجراء التصرفات التي يلزم للقيام بها الحصول على إذن ، وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها .

هـ- تعيين مأذون بالخصوصية عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال .

و- تقدير نفقة القاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس أو ولى التربية وبين الوصى فيما يتعلق بالانفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به .

ز- إعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال .

ح- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها .

ط- الإذن بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها .

ك- جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقاً لأحكام القانون واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال .

ل- تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على ١٠٠٠٠ ج عشرة آلاف جنيه (م ١/٤٢) مرافعات المحالة عليها بالمادة ١١/٩ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ .

ثالثاً : النفقة عن المدة السابقة :

١٥٠- ونصت المادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية على أن إختصاص المحاكم الجزئية بالحكم النهائي في : المنازعات في المواد الآتية ... النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا لم يزد مجموع ما يطلب على ألفى قرش ، أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين (١) .

يتبين من هذا النص ومن للذكره الإيضاحية لللائحة الشرعية في شأنه أن ثمة ضوابط وضعها المشرع خاصة بنفقة المدة السابقة ، سواء في ذلك بالنسبة لتحديد معناها ومراد الشارع بها ، أو بالنسبة للحد الأقصى للمطالبة بها وسماع الدعوى التي تقام بهذه المطالبة .

وهذه الضوابط هي :

١- نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، والتي تقضى بإعتبار نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمتها من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراش منهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء (٢) .

(١) وقد جاء بالملحوظة الإيضاحية لللائحة الشرعية في هذا الصدد أنه يسوغ للزوجة أن تطلب النفقة بأنواعها من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق طبقاً للمادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فيحكم لها بالتمسك من المدة الماضية ، وقد يكون مبلغاً بامتناع يشق أدائه ويعسر وفاؤه ويكون الحكم غير قابل للإستئناف بالنظر إلى المحكوم به في كل شهر من هذه المدة . فرش معالجة ذلك بجواز الإستئناف إذا زاد مجموع ما تطلب الحكم به على عشرين جنيهاً أو حكم بأكثر من ذلك من المدة السابقة على قيد الدعوى ، وبالنص في المادة ٩٩ على عدم سماع الدعوى بالنفقة عن مدة ماضية أكثر من ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

(٢) وقد قضى بأن الإبراء من النفقة قبل الفرض والإستحقاق باطل ، ويصبح عن الماضي وعن شهر مستقبل (إبن عابدين ، الجزء الثاني ، طبعة دار الكتب ، ص ٧٠٩) فإذا كانت النفقة لم تفرض حين كتب التنازل عنها فإن الإبراء الوارد فيها يكون كله باطلاً فقهاً وإن كان قد أجزأ الإبراء عن النفقة الماضية طبقاً للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فإن البطلان لا يزال قائماً عن النفقة مستقبلاً إذ لا زالت في حكم المجهول ، والفقهاء مستقر على أن النفقة لا ترد إذا عجلت قبل موعدها ولو حدثت الوفاة أو صار الطلاق (إبن عابدين ص ٧١٧) ، (الأسكندرية الإبدائية - جلسة ١٩٥٧/٣/١٠ - القضية ٦٨٢ سنة ١٩٥٧ مستأنف - المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين - للأستاذ صالح حنفي - جزء ٢ - ص ٢٥٢) .

٢- نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والتي تقضى بأن المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً من تاريخ الطلاق .

٣- نص المادة ١/١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بأحكام الأحوال الشخصية التي تقضى بأنه لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة لا تزيد على ستة من تاريخ الطلاق .

٤- نص المادة ١٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والتي تقضى بأنه لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على ستة من تاريخ الطلاق (١) .

٥- نص المادة ٦/٩٩ من اللائحة الشرعية والتي تقضى بأنه لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى (٢) .

إن نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً تعتبر ديناً في ذمته من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق عليها مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراخ بينهما ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (٣) .

وإن المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبرت نفقة الزوجة التي

(١) وقد قررت للذكورة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في شأن حكمي المائتين ١٧ و ١/١٨ منه أن للصلحة نعت إلى أن لولى الأمر حق منع القضاء من سماع بعض الدعوى التي شاع فيها التزوير والإحتيال ، وإنه لما كانت أحكام النفقة تقدر من غير تصيد مدة فقد رأى من اللازم وضع الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكملة لحكم المادة ١٧ لمنع تنفيذ أحكام النفقات بعدم مضي ستة من تاريخ الطلاق .

(٢) وقد جاء بالملذكرة الإيضاحية لللائحة الشرعية في شأن الفقرة السادسة من المادة ٩٩ أنه لما كان في إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة للمتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إحتمال المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهق الشخص الملزم بها ، فقد رأى من العدل دفع صاحب الحق في النفقة إلى المطالبة بها أولاً بأول بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجعل ذلك عن طريق سماع الدعوى وليس في هذا الحكم ضرر على صاحب الحق في النفقة إذ يمكنه أن يطالب به قبل مضي الثلاث سنين .

(٣) الجمرک الجزئية - جلسة ١٩٥٨/٣/٤ - القضية ٧٣ سنة ١٩٥٨ أحوال نفس - للرجع - للأستاذ صالح حنقى .

سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من حين إمتناعه عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراش ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء (١) . ومتى كان الزوج قائماً بالإنفاق على زوجته سواء أكان الإنفاق تمويئاً أو نقوداً يرسلها إليها لتتولى الإنفاق على نفسها بدون نزاع على مقدار النفقة ومناسبتها وعدم مناسبتها ، فليس لها بعد ذلك أن تطالب بالفرق بين ما انفق فعلاً وبين نفقة المثل في المدة السابقة على الخصومة والعلة في ذلك أن الزوج متى انفق على زوجته بأي شكل وبأي مقدار ورضيته بدون منازعة ولا مخاصمة يعتبر أنه قام بما يجب عليه وليس لها بعد ذلك أن تدعى أن ما أنفقه كان أقل مما يجب ولا أن تطالب بالفرق عن المدة السابقة على رفع الدعوى (٢) .

ولا تزايد الزوجة إلا من وقت الطلب والمخاصمة إذا طرأ ما يوجب زيادتها وهذا يتعارض مع المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، لأن إعتبار النفقة ديناً في نعمة الزوج من وقت الترك والإمتناع لا يكون إلا بعد الطلب وقد نص الفقهاء على أنه لا تقدير بدون طلب الزوجة (٣) .

إن طلب أداء ما هو مفروض بورقة عرقية عن مدة أكثر من ثلاث سنوات لا يمنع من إيداعه لقيام الورقة العرقية مقام الحكم (٤) .

لا تسمع دعوى النفقة التي تركت المطالبة بها أكثر من ثلاث سنين ؛ نهايتها تاريخ رفع الدعوى طبقاً للمادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

(١) باب شرقي الجزئية - جلسة ١٦/١١/١٩٥٨ - القضية ٥٨ سنة ١٩٥٦ احوال نفس - المرجع السابق .

(٢) الجمرک الجزئية - جلسة ١١/٣/١٩٥٨ - القضية ٢٢٠ سنة ١٩٥٧ - احوال نفس - المرجع السابق .

(٣) الرمل الجزئية - جلسة ٣١/٥/١٩٥٨ - القضية ١٢٠ سنة ١٩٥٨ - المرجع السابق .

(٤) بني سويف الجزئية الشرعية - جلسة ٢٧/٢/١٩٣٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٨ - ص ٢٠٨ .

ليس الغرض مما جاء بالمادة المذكورة منع الطالبة بما يزيد على ثلاث سنين وجواز المطالبة بمدة ثلاث سنوات فأقل كما يدل على ذلك صريح المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور (١) .

ليس السبب الوارد بالمادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ هو الذى يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ، بل السبب هو الأمر الموجب سواء أكان سبباً أو شرطاً .

إن نهائية الحكم بالنفقة عن المدة الماضية التى لم يزد مجموع النفقة فيها على عشرين جنيهاً محله إذا لم يزد المحكوم به فى كل شهر عن ثلاثة جنيهاً (٢) .

نفقة المدة الماضية (السابقة) فى حكم القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

١٥٠ مكرد ١ - صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية - وقد تضمنت الفقرة السابعة من المادة الثانية منه النص على عدم سماع دعوى نفقة الزوجة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

وجاء بالأعمال التفسيرية لهذا النص - فى تعليل إنقاص المدة الماضية (من ثلاث سنوات إلى سنة) - حتى لا تتراكم ديون النفقة ، ولحث صاحب الحق أن يبادر إلى المطالبة بها ، ويسهل على القضاء حسم النزاع .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص أن المدة الواردة بلائحة المحاكم الشرعية (ثلاث سنوات) غدت كثيرة ، مما رأى معه الإكتفاء بسنة .

(١) أسيوط الجزئية - جلسة ١٩٤٦/١٢/٣١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٦٥٤ - ص ٢٠٤ .

(٢) طنطا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/١٣ - القضية ١١٢٥ سنة ١٩٥١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ١٠٩ - ص ٦٤١ وما بعدها .

وبهذا يكون النص الجديد هو الواجب التطبيق فيما يتعلق بالمدة التي يحق فيها للزوجة المطالبة بنفقة مدة ماضية بما لا يزيد على ستة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

رابعاً : نفقة الأقارب (١) :

مدى حجية أحكام النفقة :

١٥٢- وقد إستقر قضاء النقض (٢) على أن الأصل في الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما يقبل للتغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والتقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها - إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير ، فالحكم الذي ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون . ويجوز الطعن فيه بالنقض .

وفي دعوى نفقة زوجية .

أوردت المدعية في سياق صحتها أنه سبق لها إستصدار أحكام نهائية عليه بالنفقة ، وأن تلك الأحكام ما زالت قائمة .

وبجلسة ١٧/١/١٩٧٤ حكمت للحكمة غيابياً برفض الدعوى والزمّت المدعية بالمصاريف (٣) .

(١) انظرها - لاحقاً - في هذا الكتاب .

(٢) نقض - جلسة ٢٤/٥/١٩٧٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني وأحوال - ص ١٠٠٣ ، ونقض - جلسة ١٠/٢٠/١٩٦٣ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ١٨٩ ، ونقض - جلسة ٢٧/١٠/١٩٦٠ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ٤٥٠ ، وانظر - لاحقاً - حجية الشيء المقضي في نظرية إثبات المواد الشرعية.

(٣) الخليفة - جلسة ١٢/١١/١٩٧٤ - القضية رقم ٤٣٤ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئي .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- أنه لما كان المقرر أن أحكام النفقة لا تحوز سوى حجية مؤقتة ، إلا أن هذه الحجية تبقى قائمة ما لم تتغير مراكز الخصوم بعد صدورها (نقض - جلسة ٢٧/١٠/١٩٦٠ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١١ - مدنى وأحوال - ص ٥٤٠ ، ونقض - جلسة ٣٠/١/١٩٧٣ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ١٨٩ ، ونقض - جلسة ٢٤/٥/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١٠٠٣) - وإنا خلا الحكم من بيان ذلك ، فإنه يكون مشوباً بالقصور .

٢- وعلى منطقه إن صح صدور حكم ، ولم تتغير مراكز الخصوم ، فإنه كان متعيناً القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها - وإن جانب الحكم ذلك فإنه يكون مخطئاً فى تطبيق القانون .

خامساً - المهر والجهاز :

١٥٣- يترتب على الزواج الذى إستوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه وإنعقاده آثار ، سواء أكان العقد لازماً أم غير لازم ، وهذه الآثار ثلاثة أنواع :

الأول - حقوق تجب للزوجة على زوجها ، سواء أكانت مالية أم غير مالية ، كالنهر والنفقة ، والمعاملة بالمعروف ، وحسن المعاشرة ، والعدل بين الزوجات .

والثانى - حقوق تجب للزوج على زوجته ، كالطاعة ، والقرار فى بيت الزوجية ، والتأديب

والثالث - حقوق مشتركة بين الزوجين ، كالإستمتاع ، والتوارث ، وثبوت نسب الأولاد ، وحرمة المصاهرة ، وحسن المعاشرة .

والحقوق الزوجية لا تقع تحت حصر .

ويعتينا هنا - وفى إطار أصول المرافعات الشرعية - بحث المهر والجهاز .

فقد نصت المادة الخامسة من اللائحة الشرعية أن تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائي في المنازعات في المواد الآتية :

« ... المهر والجهاز إن كان ما يستحقه الطالب لا يزيد على ألفي قرش وكانت قيمة المهر أو الجهاز لا تزيد على عشرة آلاف قرش » .

وقبل أن نبحث الإختصاص النهائي للمحكمة الجزئية الشرعية (في الأحوال الشخصية) يتعين أن نعرف بكل من المهر ، والجهاز (١) .

١- المهر :

١٥٤- أورد الفقهاء للمهر تعريفات عديدة :

فمنهم من عرفه بأنه : المال الذي يجب بالزواج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية وإما بالعقد (٢) .

ومنهم من عرفه بأنه العوض المالي الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها (٣) .

وللمهر في كتب الفقه - أسماء عديدة هي :

صداق - مهر - نحلة - فريضة - حياء - أجر - عقر - علائق .

فالمهر إذن ليس ركناً من أركان عقد الزواج ، ولا شرطاً من شروطه ، بل يصح عقد الزواج ولو لم يشترط ، مهر أصلاً ، ويجب عندئذ مهر المثل ، ويصح العقد كذلك إذا اشترط أن لا مهر للزوجة ويبطل الشرط .

(١) في تفصيله يراجع المرجع الواقع في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للفاضل أنور العمروسي - ص ١٨٠ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للمصريين للمسلمين - للمستشار محمد الجوى - ص ٦٥ وما بعدها .

(٢) شرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإياني - ص ١٠٢ ، ومدى إستعمال حقوق الزوجة - رسالة دكتوراه - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ١٧٨ .

(٣) الأحوال الشخصية - لأستاذنا الجليل للرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف - ص ٥٦ .

وقد شرع للمهر ليبدل على تشريف الشارع لعقد الزواج ولإظهار قدره وعظيم خطره ، ولا ليكون مقابلاً للملك الإستمتاع بالزوجة .

قال تعالى : « أتوا النساء صدقاتهن نحلة » ، وقال سبحانه : « فما إستمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة » .

وقال ابن الهمام (١) إن للمهر شرع إثباتة لشرف العقد ، وإظهاراً لخطره ، إذ لم يشرع بدلاً كالثمن والأجرة ، وإلا لوجب تقديم تسميته ، ولا يشترط لصحة عقد الزواج التنصيص على حكمه .

وقال الحنفية إن مقدار الحد الأدنى للمهر عشرة دراهم فضة ووزن سبعة مثاقيل أو ما يساويها ، سواء أكانت الدراهم مسكوكة أو غير ذلك ، مستقلين في ذلك بحديث النبي ﷺ : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » (٢) .

والعشرة دراهم تساوى بالعملة المصرية ٢٥ قرشاً صاغاً في الأوقات التي لا تضخم فيها (٣) .

وإتفق الفقهاء على أنه ليس للمهر حد أقصى ، لكن من المستحسن عدم المغالة في المهور حتى لا ينصرف الشبان عن الزواج ، فقد روى عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول ﷺ أنه قال : « إن أعظم النكاح بركة

(١) فتح القدير - لابن الهمام - جزء ٢ - طبعة عيسى الحلبي - ص ٣٠٥ .

(٢) فتح القدير - المرجع السابق - ص ١٨٠ و ٢٠٦ .

(٣) الأحوال الشخصية - الشيخ خلاف - المرجع السابق - ص ٥٧ ، وإحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية - للشيخ عمر عبد الله - طبعة ١٩٥٨ - ص ٢٣٦ ومحاضرات في عقد الزواج وكثاره - محاضرات لمعهد الدراسات الإسلامية بالجامعة العربية - لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة - طبعة ١٩٥٨ ص ٢١٧ وهامشها .

أيسره مثونة ، ، وروى عنه ﷺ أنه قال أيضاً : « خير الصداق أيسره » (١) .

وإذا لم يتم الإتفاق على تعجيل المهر أو تأجيله كله أو بعضه ، فإن العرف هو الذى يتبع ، إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وذلك على ما نهب إليه أبو حنيفة (٢) .

ويذهب البعض إلى أن تعجيل المهر كله أو بعضه قبل الدخول أمر ضرورى ولا بد منه ، لأن سيدنا على رضى الله عنه لما تزوج فاطمة بنت رسول الله ﷺ وأراد أن يدخل بها منعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئاً ، فقال : يا رسول الله ليس لى شيء ، فقال عليه الصلاة والسلام : « أعطها درعك » فأعطاهما درعه ثم دخل بها .

بينما يقول البعض الآخر بجواز الدخول قبل دفع شيء من المهر ، كما روى عن عائشة أنها قالت : أمرنى رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً وحينئذ يحمل للمنع المذكور على النذب ، أن يستحب تقديم شيء إسخالاً للمسرة عليها ، وتأليفاً لقلبها (٣) .

ومابقى بعد ذلك من مسائل المهر نحيل فيه إلى المؤلفات الموضوعية فى الأحوال الشخصية (٤) .

(١) محاضرات فى عقد الزواج - للشيخ أبو زهرة - المرجع السابق - ص ٢١٩ .

(٢) وقد قضى بأن للزوجة منع الزوج من الوطء وبواعيه ولو بعد وطء وخلوة رضيتهما حتى تستوفى ما تعارف على تعجيله من المهر ، لأن وطء فى النكاح وارد عليها العقد بجميع المهر ، (فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقى) . فما دامت الزوجة قائمة تسبب تأكيد المهر وهو الوطء قائم (ملوى الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/٢٦ - المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين - للأستاذ صالح حنقى - جزء ١ - ١٩٥٦ - ص ٦٥) .

(٣) شرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبيانى ، ص ١٠٧ ، وأحكام الشريعة الإسلامية ، للشيخ عمر عبد الله ، ص ٢٢٩ ، والأحوال الشخصية ، للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ، ص ٥٨ ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية ، للقاضى أنور العمروسى ، ص ١٨٨ .

(٤) تراجع المراجع السابق ذكرها .

١٥٥- والمنازعات حول المهر كثيرة ومتشعبة ، تنشأ عادة بين الزوجين أو بين ورثة أحدهما أو بين ورثتيهما (١) .

وعلى كل حال فإن هذه المنازعات قد قلت أهميتها إلى حد ما بعد صدور المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، والتعديلات التي أدخلت على المادة ٩٩ منها والتي منعت سماع دعوى الزوجية سواء تعلقت بالمهر أو النفقة أو الطاعة عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية يوضح بها مقدار المهر المسمى عاجله وأجله ، وإن يكون الأجل هو لأقرب الأجلين ، الطلاق أو الوفاة .

كما أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد نص في المادة ١٩ منه على أنه :

« إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينته إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهرًا لمثلها عرفًا فيحكم بمهر المثل ... وكذلك الحكم عند الإختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما » .

ويحل أجل الصداق شرعاً بوفاء الزوجة ويصبح تركه للمتوفاة (٢) .

ويقدر مهر الزوجة في حالة عدم تسميته بمهر مثيلاتها من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها ، مع مراعاة التماثل بينها وبين من يقاس عليها مهرها في الصفات والزمن . إختلاف مهنة والد الزوجة عن مهنة ابن عمه

(١) وقد قضى بأن إقرار وكيل الزوجة في وثيقة الزواج بقبض معجل الصداق يعتبر إقراراً صورياً إذا قرره إقرار الزوج بقبضه في نمته ، (الزقاقير الشرعية ، جلسة ١٩٤٨/٤/٢٦ ، المرجع السابق ، ص ٦٥) ، وقضى بأن البينة البكر العاقلة غير السفية قبض مهرها إذا لم يحصل نهى صريح من قبضه لجرى العادة بأن للأب أن يقبض مهر بنته البكر البالغة ليضم إليه شيئاً من ماله ليجهزها ، ولا يشترط الرجوع عليه بقيمته إن لم يتم العقد يكون الوالد قبضه كوكيل بل يكفي صفته (للنزلة الشرعية ، جلسة ١٩٤٤/٤/١٤) .

(٢) الوابلي الشرعية ، جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٥ ، المرجع السابق .

المقاس مهر إبنته على مهر إبنته لا يضر بالتماثل ، لأن الرغبة في المصاهرة تتبع سمعة الأسرة ومركزها الإجتماعى (١) .

وتختص المحاكم الشرعية دون سواها بنظر دعاوى الآثار المالية المترتبة على روابط الأحوال الشخصية كالْمهر والنفقة ويدل الخلع وغير ذلك متى كانت تلك مما يتوقف حلها على تعيين مدى إلترزام أحد الزوجين بحق مالى (٢) .

وإن الذراع فى المهر ولو لم يتم العقد من إختصاص المحاكم الشرعية وحدها أخذنا بصريح وإطلاق اللاتين ٥٦٦ من اللائحة الشرعية ، إنما يستحق المهر شرعاً بالعقد ، لأنه معاوضة فلا يستحق بدون تصديق العوض ، فإذا لم يتم العقد كان لمن أياه الحق فى طلب رده ولو كان العدول أتياً من جانبه (٣) .

الأصول الشرعية فى المهر :

١٥٦- (١) المقرر شرعاً أن مهمة الوكيل فى عقد الزواج تنحصر فى تمثيل موكله والتعبير عن إرادته ، أما الحقوق المترتبة على العقد التى تعتبر أثراً من آثاره ، كالنفقة والمهر ، فلا تنصرف إليه ولا يلتزم بها .

(٢) فى الأصول الشرعية من يقول بأن التقادم يسقط لحق الزوجة فى مهرها لا يتحقق إلا بالنسبة للمؤخر إذا ما سكنت الزوجة عن المطالبة به لمدة خمسة عشر عاماً بعد طلاقها أو إستحقاقها له . أما مقدم المهر (الصداق) فإنه إذا بقى فى ذمة الزوج لأكثر من خمسة عشر عاماً ، فإنه على الرغم من مضى هذه المدة لا يسقط حق الزوجة فيه لأسباب كثيرة منها أن قيام الزوجية من الأعذار الشرعية التى تمنع الزوجة من المطالبة بمقدم مهرها حتى لا تتعرض حياتها الزوجية للإنهيار .

(١) الجيزة الجزئية الشرعية ، جلسة ١٠/٢/١٩٥٢ ، للحاماة الشرعية ، السنة ٢٤ - من ٣٩٩ .

(٢) نقض ، جلسة ٢٨/١٠/١٩٣٧ ، للحاماة الشرعية ، السنة ٩ ، من ٥٨ .

(٣) جرجا الشرعية ، جلسة ٢٦/٢/١٩٤٥ ، للحاماة الشرعية ، السنة ١٨ ، العدد ٤٥٦٦ من ١٥٩ .

(٣) المقرر شرعاً أن الزوجية من الأعداء الشرعية وإن لم يذكرها الفقهاء من بينها ، لأن ما أوردوه من الأعداء الشرعية كان على سبيل المثال لا الحصر . وقد إستقرت أحكام المحاكم الشرعية على إعتبار الزوجية من الأعداء الشرعية للمانعة من مطالبة الزوجة لزوجها بدين مقدم صداقها ، الذي يبقى قائماً .

(٤) المقرر شرعاً أن مقدم المهر ومؤخره يصبحان حقاً للزوجة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة الشرعية ، وأن المهر يتأكد جميعه (مقدمة ومؤخره) ويصبح حقاً للزوجة بوقاة الزوج (أو إستشهاده فى الحرب) ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء إختلى بها أو لم يخل .

(٥) المقرر عرفاً أن الآباء يتحملون عن الأبناء مهر زواجهم ، فهو إلتزام فى ذمتهم جرت به العادة وإستقر عليه العرف ، وأن أداء أم الزوج إياه وهو من قبيل الهبة ، والهبة فى المنقول تتم بالقبض ، ومن موانع الرجوع فى الهبة ، المحرمية ، وأولى درجات المحرمية علاقة الأبوة والبنوة .

(٦) المتفق عليه فى المذهب الحنفى للعمول به فى قضايا الأحوال الشخصية أنه إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة ، فللزوجة المهر كاملاً ، فإذا توفيت ، فإن لورثتها الحق فى المطالبة به . وإذا توفى الزوج كانت للزوجة المطالبة به من تركته إن كانت له تركة . أما نفقة الزوجة فإنها تجب بسبب عقد الزواج .

(٧) المقرر شرعاً أن المطلقة قبل الدخول أو الخلوة لا تستحق نفقة إلا من اليوم التالى من عقد الزواج إلى تاريخ الطلاق ، ولما كان الطلاق قبل الدخول أو الخلوة يقع بائناً ولم تعد المطلقة بسببه ، فإنه بالتالى لا نفقة لها بعد الطلاق . ولما كان المهر المسمى فى عقد الزواج ٢٠٠٠ جنيه (مثلاً) إعترف وكيل الزوجة بقبض نصفه كمعجل للمصداق ، الذى تكون قد إستوفت المستحق لها من المهر ، أما الزيادة على المهر الذى يفرضه الزوج على نفسه بعد عقد الزواج ، فإنها لا تضاف إذا كان الطلاق قبل الدخول أو قبل الخلوة ، لما هو مقرر شرعاً من أن ما يزداد على المهر بعد تمام عقد الزواج لا يكون واجب الأداء للزوجة إلا بعد الدخول أو الخلوة بها .

(٨) المقرر شرعاً أن الأب لا يلتزم بأداء مهر إبنته لمجرد أنه وكيل عنه في عقد الزواج ، ما لم يكن كفيلاً به أو ضامناً لأداءه .
دعوى مطالبة بأجل صدق في تركة متوفى .

طلقها رجعيًا في ١٩٧٢/٦/٢ واستشهد بتاريخ ٢٣-١٠-١٩٧٣ وهي في عدته ، وإنحصر إرثه الشرعي في المدعية وفي والده المدعى عليه فقط دون شريك ولا وارث سواهما ، وقد حل لها بوفاته مؤخر صدقاتها المذكور، وترك ما يورث عنه شرعاً (أطيان زراعية ، ومنزل) وجميع ما تركه للمتوفى تحت يد والده المدعى عليه صانع المدعى عليه على الدعوى عدا وجود تركة للمتوفى تحت يده .

عرضت المحكمة على المدعية يمين الإستظهار بصيغة : (والله العظيم إن مطلقى المرحوم) ، توفى وذمته مشغولة بدين مؤخر صدقاتى عليه وقدره جنيه مصرى ولم أستوفيه منه قبل وفاته ولم يحلنى به على أحد) ، فحلفتها كما إستحلفت .

ويشترط لصحة الدعوى به أن تكون التركة مشتملة على مال ولو حكماً .

طبق الحكم هذه القواعد على قواعد الدعوى تطبيقاً صحيحاً ، وإنتهى إلى القضاء للمدعية على المدعى عليه بثبوت مبلغ جنيه مصرى مثل دين مؤخر صدقاتها بذمة زوجها المرحوم ، تستوفيه من تركته أين وجدت (١) .

مطالبة بمثل دين مؤخر الصداق .

المقرر في الأصول الشرعية أن المهر يجب بالعقد ، ويتأكد بالدخول ، ويحل أجله بالطلاق الرجعى وإنقضاء العدة ، والديون يقضى بأمثالها (٢) .
المقرر شرعاً أن كل ما كان مقوماً بمال من العقارات والمجوهرات والأنعام والغلات والمزروعات ومناقع الأعيان يصلح أن يكون مهرًا ، وكل ما

(١) القضية رقم ٢١٤ سنة ١٩٧٥ شرعى جزئى بندر الزقازيق .

(٢) القضية رقم ٤٤٢ سنة ١٩٧٥ لحوال نفس تلا .

ليس مقوماً بمال في ذاته أو بالنسبة للمسلمين كالخمر والخنزير لا يصلح أن يكون مهراً وإن سمي ، فالعقد صحيح والتسمية فاسدة .

شروط إستحقاق أجل للصدائق إنقضاء العدة شرعاً :

١٥٦ مكرر - دعوى مطالبة بأجل صداق :

أقامتها المدعية بطلب الحكم على مطلقها المدعى عليه بأن يؤدي إليها مبلغ ٥٠ جنيه مثل دين مؤجل صداقها في ذمته وأمره بذلك وإلزامه بالمصاريف .

ويجلسة ١٠/١١/١٩٧٤ حكمت المحكمة غيابياً بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي إلى المدعية خمسين جنيهاً مثل دين أجل صداقها بذمته وأمرته بذلك والزمت بالمصاريف ومائة قرش أتعاب محاماه (١) .
ويؤخذ على هذا الحكم .

(١) قصوره في التسبب بعد إستظهاره في مدوناته إنقضاء عدة المدعية بأحد الأسباب الشرعية - الحيض ثلاث مرات كوامل ، أو مضي ثلاثة أشهر لمن لا يحضن ، ووضع الحمل لمن طلقت حاملاً - مما هو مشروط لحلول مؤجل الصداق للمطلقة رجعيًا وفقًا لنص فقه المذهب الحنفي .

(ب) أنه لما كانت المادة ١٧٦ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ قد أوجبت ألا تقل قيمة أتعاب المحاماة التي يحكم بها على من خسر الدعوى عن جنيهين في قضاء المحاكم الجزئية التي لا تقل قيمتها عن خمسين جنيهاً - وإن قضى الحكم في هذه الدعوى بمائة قرش أتعاب محاماة مع أن قيمتها خمسون جنيهاً ، فإنه يكون مخالفاً للقانون .

(١) فارسكرور - جلسة ١٠/١١/١٩٧٤ - القضية ١٦٨ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ،
والقضية ١٧٣ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس بندر دمياط - جلسة ١٠/١٢/١٩٧٤ ،
والقضية ٤٠٥ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس بندر فارسكرور - جلسة ٢٣/١٢/١٩٧٤ .

وجوب التوقيع على صحيفة دعوى المطالبة بأجل الصداق :

١٥٦ مكرر (١) - دعوى مطالبة بمثل أجل صداق :

أقلمتها المدعية ضد مطلقها المدعى عليه بعد إنتضاء سنة على الطلاق ،
تطالبه فيها بأجل صداقها البالغ ٥٠ جنيه مع إلزامه بالمصاريف .

وقد خلت الصحيفة من توقيع محام مشتغل عليها .

لم يحضر المدعى عليه .

ويجلسه ١٨/١١/١٩٧٥ قضت المحكمة غيابياً بالطلبات (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان مؤدى نص المادة ٤٧/٤ من قانون
المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ عدم جواز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم
الجزئية إلا إذا كانت موقعة من محام مشتغل ، متى بلغت أو جاوزت
خمسین جنيهاً ، ورتبت - على المخالفة - البطلان للمعتبر من النظام العام ،
تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها - إذ كان ذلك ، وكان الحكم قد قضى فى
موضوع الدعوى برغم ثبوت عدم توقيع محام عليها بما يبطلها ، فإنه
يكون بدوره عرضة للبطلان (نقض - جلسة ٢٠/٢/١٩٧٢ - مجموعة
المكتب الفنى - السنة ٢٤ - العدد - مدنى وأحوال - ص ٢٨٢) .

صاحب الصفة فى المطالبة بمؤخر صداق الزوجة من تركه الزوج :

١٥٦ مكرر (٢) - مطالبة بمؤخر صداق .

أقامتها المدعية ضد نفسها ويوصفها وصية على أولادها القصر من
زوجها المتوفى طالبة الحكم بمؤخر صداقها وقدره خمسة وسبعون جنيهاً

(١) مركز دمياط - جلسة ١٨/١١/١٩٧٥ - القضية ١٦٢ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس ،
والمعارضة فى القضية ٥٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ميت غمر (جهاز قيمته ١٧٠
جنيه) - جلسة ١٠/٢/١٩٧٥ ، والقضيتين ٢٦٩ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس للمنزلة -
جلسة ١٦/٢/١٩٧٥ و ١٠٧ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس للمنزلة - جلسة ٢/٣/١٩٧٥ .

مع المصاريف والأتعاب والنفاد بلا كفالة .

وبجلسة ١٩٧٥/٢/٣٠ حكمت المحكمة غيابياً للمدعية على المدعى عليها عن نفسها ويصفقتها بثبوت دين مؤخر صدقات المدعية وقدره - ٧٥ جنيه - فى ذمة زوجها المتوفى تستوفيه من تركته حيثما وجدت والزمّت المدعى عليها بالمصاريف الرسمية ومبلغ مائتى قرشاً مقابل أتعاب المحاماة^(١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت أوراق الدعوى واضحة الدلالة فى أن المدعية هى المدعى عليها وأنها الوصية على القصر ، وكانت حقيقة الدعوى قضاء تقتضى التغاير فى الواقع بين طرفيها ، ولا يقبل من دائن المتوفى مقاضاة نفسه بوصفه وارثاً له ووصياً على قصره فى إقتضاء دينه من التركة ، إذ دعوى الإنسان على نفسه لا تصح - لما كان ذلك فإن الحكم إذ سائر المدعية وقبل دعواها على نفسها لنفسها بوصفها وصية على قصرها من المتوفى ودون تعيين وصى خصومة بالنسبة للقصر يكون قد خالف القانون (جامع الفصولين - جزء ٢ - ص ٣٦ و ٣٧ - الفصل الثامن والعشرين ، والجامع لأحكام الصفاء - ص ٦٤ ، وأداب الأوصياء - ص ١٨٢ وهما مطبوعان على هامش المرجع الأول ، والدرد المختار وحاشية رد المحتار - لابن عابدين - جزء ٤ - ص ٤٣٦ وما بعدها - فى كتاب الدعوى) .

وجوب تحليف الخصم يمين الإستظهار قبل الحكم بأداء مؤجل الصداق من تركة الزوج المتوفى :

١٥٦ مكرر (٣) - طلبت المدعية الحكم على المدعى عليهما بوصفهما والدى الزوج المتوفى ومن ورثته بأن يؤدبا إليها من تركته مبلغ ٢٠ جنيهاً مثل دين مؤجل صداقها فى ثمتة وإلزامهما بالمصاريف .

وبالجلسة حضر المدعى عليهما وأقرا بالدعوى وإلتزمت المدعية بالمصاريف .

وبجلسة ١٩٧٤/١١/١٨ حكمت المحكمة حضورياً للمدعية على

(١) للنزلة - جلسة ١٩٧٥/٢/٣٠ - القضية ٦٢ سنة ١٩٧٥ لحوال نفس .

المدعى عليهما بثبوت مبلغ ٢٠ جنيه دين مؤجل صداقها بذمة زوجها المرحوم^١ وأمرت المدعى عليهما بأداء مثله إلى المدعية من تركة ومال زوجها حيثما وجدت والزمتها بمصاريف الدعوى^(١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان هذا الدين مطلوباً من تركة الزوج المتوفى ، وكانت نصوص فقه المذهب الحنفى التى تحكم الموضوع بالإعمال للمادتين ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تقضى بأن يحلف القاضى غريم اللئى من غير طلب خصمه ، وأنه إذا لم يفعل لم تستوف الدعوى شروطها ، فلا ينفذ حكمه بالدفع والقبض - لما كان ذلك وكانت الدعوى بطلب إقتضاء دين مؤجل الصفاق من تركة الزوج للمتوفى ، وكان الحكم قد أغفل تحليف المدعية هذه اليمين التى سماها الفقهاء بيمين الإستظهار ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (الدر المختار - للحصكفى وحاشية رد المحتار لإبن عابدين - فى باب القضاة - جزء ٤ - ص ٣٦٠ ، وتنقيح الحامدية - فى باب الدعوى - جزء ٢ - ص ١١ ، والبحر الرائق - فى ذات الموضع) .

المحكمة المختصة بالفصل فى دعاوى الهر :

١٥٦ مكرر (٤) - مطالبة بمبلغ ٢٠ جنيه مؤخر صفاق .

ويجلسه ١٩٦٢/١٢/٢٢ حكمت للحكمة غيابياً بعدم إختصاصها بنظر الدعوى والزمت للمدعية بالمصروفات^(٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- مخالفت للقانون لقوله إن طلب مؤخر الصفاق هو مما تختص به المحكمة المدنية دون غيرها ، وقضاؤه بناء على ذلك بعدم إختصاص محكمة دمياط للأحوال الشخصية بالفصل فى هذا الطلب ، حالة أن محكمة الأحوال الشخصية مختصة بالفصل فيه عملاً بصحيح نص المادة ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على أن المحاكم الشرعية تختص

(١) إيتاى البارود - جلسة ١٩٧٤/١١/١٨ - القضية ٢٣٤ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس .

(٢) دمياط الجزئية - جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٢ - القضية ٤٢٧ سنة ١٩٦٢ لحوال نفس .

بالحكم الابتدائي في المنازعات في المواد الآتية : « المهر والجهاز - إذا زاد المستحق للطالب على ألفي قرش ، أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش » .

٢- أخذاً بمنطق الحكم القائل بأن محكمة الأحوال الشخصية غير مختصة بنظر الدعوى فإنه يكون خطأ في القانون رفض الحكم إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة بمقولة إنها بحالتها غير مقبولة لعدم إلتجاء المدعية إلى طريق أمر الأداء ، ذلك أنه إذا إستبان للمحكمة عدم إختصاصها بالفصل في الدعوى ، فقد إمتنع عليها التعرض لشروط قبولها ، إذ أن بحث الأمر منوط بالمحكمة المختصة عند عرض النزاع عليها ، مما كان يتعين معه مع القضاء بعدم الإختصاص إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة .

متى تكون الزيادة في المهر وصية ؟

١٥٦ مكرر (٥) - الزيادة في المهر المسمى في عقد الزواج جائزة ومقبولة شرعاً بشروط أربعة :

١- أن يكون الزوج بالغاً عاقلاً رشيداً .

٢- أن تقبل الزوجة الزيادة لأنها هبة ، ولا يدخل ملك الإنسان شيء أكره عليه ، إلا لليراث فإنه يدخل في ذمة الوارث جبراً عليه .

٣- أن تكون الزوجية قائمة ، أو تكون الزوجة في عدة من طلاق رجعي .

٤- أن تكون الزيادة معلومة لأن عقد الهبة على مجهول يقع باطلاً ، والزيادة هي محل الهبة فيتعين أن تكون معلومة .

والزيادة تجب كأصل المهر وتتأكد بالحالات التي يتأكد بها . فإذا كان الزوج قد زاد الزيادة لا تعتبر من المهر وإنما تعتبر وصية تخضع لأحكام الوصية ، وإن لم تخضع لها كانت لغواً .

مدى الإلتزام بالمهر المدون بالوثيقة :

١٥٦ مكرر (٦) - وثيقة الزواج من الأوراق الرسمية ، وما دون بها يعتبر حجة ملزمة على الأقل بالنسبة لطرفيها ، فإذا لم يكن بيد المطلقة

قبل الدخول والخلاوة دليل كتابى على حقيقة المهر المنفوع أو على أن المهر لم يدفع ، إلترمت المطلقة برد ما زاد على نصف المهر المدون بالوثيقة .

٢- الجهاز ومتاع البيت :

١٥٧- على الزوج أن يعد المسكن وما يتطلبه من فرش ومتاع وأدوات منزله وغيرها إستكمالاً للحاجيات المنزلية ، إذ أن ذلك من النفقة الزوجية الواجبة على الزوج شرعاً من طعام وكسوة ومسكن .

وليس من مصادر الشريعة الإسلامية دليل على وجوب الجهاز على الزوجة ، ولا على أبيها ، ولا تجبر هى ولا أبوها على إعداده ، سواء أكانت الزوجة بكرة أم ثيباً ، فإذا قامت الزوجة أو أبوها بإعداده كانت متبرعة .

وإذا زفت المرأة بدون جهاز أصلاً أو بجهاز قليل لا يتناسب مع المهر الذى دفعه الزوج ، فليس له أن يجبرها أو وليها على إحضار الجهاز ، كما ليس له أن يطالب أحداً منهما بتفقيص شىء من المهر ولو كان قد بالغ فى المهر رغبة فى إحضار جهاز كثير أو جيد .

وقد جرت عادات الناس منذ القديم على أن المرأة تزف إلى زوجها بجهاز، بل أن أهل الزوجة ينفقون أكثر من مهرها فى إعداد جهاز وشراء حلى وملابس للزوجة .

وإذا أحضرت الزوجة عند الزفاف جهازاً إلى بيت زوجها كان ملكاً لها وحدها ، وليس للزوج ولا لغيره حق إستعماله أو الإنتفاع به بغير إذننها ورضاها ، وليس للزوج إجبارها على الإنتفاع . بل يجب على الزوج أن يعد لها مسكناً شرعياً مستكماً لكافة مقوماته من أثاث وأثاث وإذا أخذ الزوج بغير رضا الزوجة كان غاصباً ، وحق لها إسترداده بعينه . وإن هلك أو إستهلك فى يده كان ضامناً له ، لأن هلاك الشىء فى ضمان الغاصب له ، وحق لها الرجوع عليه بمثله أو بقيمته .

وقد يقع الخلاف بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما حول ملكية متاع المنزل ، وقد يكون المتاع مما يصلح للرجال فقط كالكتب بالنسبة للزوج المحامى أو المدرس وأدوات الطبيب ، والمهندس ، والثياب الخاصة بالرجال . وقد يتناول النزاع ما يصلح للنساء عادة كأدوات

الزينة والحلى وثياب المرأة ، وقد ينصب النزاع على أشياء مشتركة كالسجاجيد والأسرة والمفروشات والأواني - فيدعى كل واحد من الزوجين ملكية أثاث المنزل الذى يسكنان فيه ، وسواء اكان هذا المنزل يستأجر أو يمتلكه أحدهما ، فإن كلاً منهما يعتبر مدعياً ، ومن أقام منهما البيعة على دعواه دون الآخر، قضى له بملكية ما أقام البيعة عليه . وإن أقام كل منهما بيعة رجحت بيعة من يثبت خلاف الظاهر وصلاحيية الأثاث المتنازع عليه لأيهما ، فإن كان يصلح للزوج فقط رجحت بيعة الزوجة لإثبات خلاف الظاهر ، وقضى له بدعواه ، وإن كان يصلح لهما سقطت البيعتان لتعارضهما ، ولعدم وجود ما يرجح إحداهما على الأخرى ، ويكون القول للزوج بيمينه ، فإن حلف بأن الأشياء المتنازع عليها مملوكة له قضى له لأنه صاحب اليد على البيت وما فيه ، وإن نكل على الحلف قضى للزوجة لأن نكوله بمثابة إقرار بدعوى الزوجة .

وإذا لم يكن لأحدهما بيعة قضى للزوج بما يصلح للرجال من المتاع بيمينه ، وقضى للزوجة بما هو من متعلقات النساء بيمينها . ونكول أى منهما إقرار بدعوى الآخر .

أما إذا كانت الأشياء المتنازع فيها مما يصلح للنساء وللرجال معاً كالسجاجيد والأسرة والمفروشات والأواني ، فقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول تحديد المالك لهذه الأشياء وفى أدلة الإثبات .

فذهب أبو حنيفة ومحمد وأخرون إلى أن القول للزوج فى كل ما يصلح لهما ، لأن المسكن مسكنه وكل ما يحويه مملوك له وتحت يده وسلطاته ويده متصرفه ، أما يد الزوجة فحافضة وكان الظاهر يشهد للزوج .

وذهب زفر إلى أن تنصف الأشياء المتنازع عليها بينهما ، لأن يدهما ثابتة على كل ما فى البيت .

وذهب أبو يوسف وبعض الفقهاء إلى أن القول قول المرأة إلى جهاز مثلها ، لأن المرأة لا تسفل بيت زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها ، فكان للظاهر شاهداً لها بهذا القدر ، وما زاد على هذا القدر فالقول فيه للزوج لأن يده عليه .

وقال الحسن أن قول المرأة في كل شيء إلا في ثياب الرجل ، ذلك أي يد المرأة على ما في البيت أظهر .

وقال الشافعي أن ما يصلح لهما وغيره فهو ملك لهما لأن كليهما واضع اليد على ما في البيت إلا إذا قام الليل على خلافه (كرأي زفر) .

وإذا كان الخلاف بين وريثة أحدهما والآخر أو بين الورثة فيما بينهم ، فالرأي عند الفقهاء كما لو كان النزاع بين الزوجين على النحو السابق ، إلا أبو حنيفة فقد إعتبر الظاهر شاهداً للزوجة إذا كان النزاع بينها وبين وريثة زوجها لأنها واضعة اليد (١) .

ويؤيد البعض (٢) رأي أبي يوسف لأنه يؤيد العادة المستمرة بين الناس في أن الزوجة لا تزف إلى زوجها ولا تدخل بيت الزوجية مجردة عما جرت العادة بتجهيز أمثالها ، فقد كان أبو يوسف رئيس القضاة في عصره ، وقد خبر أحوال النساء وعاداتهن ، وهذا يجعل لرأيه في أمثال هذه المسألة المكان الأول في الإعتبار .

إن الجهاز في يد الزوج أمانة فإذا طوّل به وإمتنع عن تسليمه إنقلب يد ضمان ، وصار في حكم الغاصب شرعاً وقانوناً - المطالبة هي التي تكون عن طريق رسمي ومن ذلك إعلانه بالدعوى - تعتبر قيمة الجهاز يوم الغصب وهو اليوم الذي حصلت فيه المطالبة والإمتناع ، إن الصحف اليومية حجة فيما تنشره عن أسعار الذهب والفضة وغير ذلك من المعادن ، إن العلم الذي لا يحكم به القاضى هو العلم الجزئى الذي لا يتعلق بحادثة معينة ، أما المعلومات العامة فيتعين على القاضى الحكم بمقتضاها (٣) .

إن الجهاز في يد الزوج أمانة فإذا طوّل به وإمتنع عن تسليمه إنقلب

(١) محاضرات في الزواج وآثاره ، للشيخ محمد أبو زهرة ، ص ٢٢٦ .

(٢) أحكام الشريعة الإسلامية ، للشيخ عمر عبد الله ص ٢٨٤ .

(٣) سوهاج الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٥/٥ ، للحامدة الشرعية - السنة ٢٠ ص ٢٢٢ .

يده يد ضمان وصار فى حكم الغاصب شرعاً وقانوناً (١) .

تعتبر قيمة الجهاز يوم الغصب وهو اليوم الذى حصلت فيه المطالبة والإمتناع (٢) .

إن ملكة الزوجة المسلمة لجهاز زوجها قريبة إستقر عليها العرف وهى قريبة بسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة (٣) .

وإذا إتفق المدعى والمدعى عليه على جميع الوقائع فى دعوى طلب فيها الحكم بأعيان الجهاز وقيمتها وإختلفا فى أن أعيان الجهاز للمروضة للتسليم هى بعينها الواردة فى قائمة الجهاز أو إنها غير واردة بها ، فالقول قول الغاصب بيمينه وهذا كله عند عدم البرهان .

واليمين هى حق للمقصوب فيه وليست حقاً لله تعالى فلا توجه إلا بطلب المقصوب منه (٤) .

لا معنى للكفالة بالجهاز سوى أن ما غصب من أعيانه أو جحد أو ضاع أو تلف فعلى الضامن ، فهى كفالة معلقة بالشرط .

محل عدم صحة الكفالة بالأمانات إنما هو فيما إذا كانت الكفالة بها غير معلقة على شرط ملائم . أما إذا كان مغزاها إنما هو هذا التعليق كما هو الشأن فى الكفالة بالجهاز كانت الكفالة به صحيحة قطعاً (٥) .

عموم إختصاص المحاكم الشرعية بنظر دعوى الجهاز دون نظر إلى

(١) بلقاس الجزئية ، جلسة ١٩٧١/١٠/٢١ القضية ٢٥١ سنة ١٩٦١ جزئى أحوال شخصية نفس .

(٢) سوهاج الجزئية ، جلسة ١٩٤٨/٥/٢ ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

(٣) إستئناف القاهرة ، جلسة ١٩٥٨/١١/١٧ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٥٨ ، العدد ٨٧ ، ص ٢١٠ .

(٤) الفيوم الجزئية الشرعية ، جلسة ١٩٤٧/٩/١٧ ، المرجع السابق ، العدد ٢١ ، ص ٦٠ .

(٥) أسيوط الجزئية الشرعية ، جلسة ١٩٤٧/٥/٢١ ، للحاماة الشرعية ، السنة ٢١ العدد ٨٧ ، ص ٤٢٩ .

صفة المتداعين ، إذ المناط فى ذلك هو مجرد كون الموضوع دعوى جهاز ولو كان أحد الطرفين ليس زوجها .

طبيعة عقد الإيداع تسليط من جانب صاحب الوديعة للمودع على الحفظ الشخصى للوديعة والتزام من جانب المودع بهذا الحفظ الشخصى وأنها أمانة وتضمن بالنقد ، وحدد الفقهاء الحفظ الشخصى بناء على هذا الأصل بحفظها بنفسها فلم يبيحوا للمودع أن يحفظ الأعيان للمودعة إلا بنفسه وفى حرزه قلو حفظها بأحد أو فى حرز أحد ولو من أولاده ضمن ، إلا أنهم أباحوا للمودع على سبيل الترخيص أن يحفظها بأحد من عياله بشرط أن يكون ساكناً وأن لا يعلم فيه خيانة ، وألا يكون قد نهى من جانب صاحب الوديعة عن حفظها بواسطته وكان له منه يد لأن الحفظ فى هذه الحالة يعتبر حفظاً شخصياً .

ليس للمودع أن يسلم الوديعة إلى أحد بأى وجه من وجوه التسليم إيداعاً أو إعاره أو رهناً أو إجارة أو غير ذلك ، فإن سلمها إلى أحد ولو ابنه ضمن .

رد الوديعة إلى بيت صاحبها أو من عياله أو إلى عبده لا يكون رداً للوديعة إلى صاحبها يبرأ من المسئولية الضمانية .

تسليم الجهاز لوالد الزوج دلالة على عدم أمانة الزوج ونهى ضمنى من الزوجة عن الإيداع عنده .

كل دعوى عين تتضمن فعلاً للمدعى عليه يكون المدعى عليه خصماً فيها وإن كانت العين ليست فى يده لأنه إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده على العين بخلاف دعوى الملك المطلق التى لا تتضمن فعلاً للمدعى عليه فإنه يكون خصماً باعتباره يده عليها حتى لا تصح دعواه على غير ذى اليد .

دعوى صاحب الوديعة لا تتجه على من سلم المودع الوديعة إليه على أى جهة من وجوه التسليم لأنه ليس خصماً فيها إذ هى دعوى ملك مطلق فلا تصح إلا على ذى يد ويده عليها ليست يد خصومة فلا تملك الزوجة مخاصمة زوجها فى أعيان جهازها التى أودعتها عند والده وسلمها الوالد

إلى ابنه وهو الزوج (١) .

أهم الأصول الشرعية في الجهاز:

١٥٨- كفالة الجهاز :

لا معنى للكفالة بالجهاز سوى أن ما غصب من أعيانه أو جحد أو ضاع أو تلف ، فعلى الضامن ، فهي كفالة معلقة بالشرط .
محل عدم صحة الكفالة بالأمانات إنما هو فيما إذا كانت الكفالة بها غير معلقة على شرط ملائم . أما إذا كان مغزاهما إنما هو هذا التعليق . كما هو الشأن في الكفالة بالجهاز كانت الكفالة به صحيحة .
وقد جاء أسباب حكم محكمة أسيوط :

« ومن حيث أن الكفالة بالجهاز صحيحة شرعاً إذ العبرة في تكييف العقود بمعانيها والمرمى المقصود منها دون الفاظها ومبانيها ، وأنه لو اوضح كل الموضوع أنه لا معنى للكفالة بالجهاز سوى أن ما غصب من أعيانه أو جحد أو ضاع أو تلف فعلى الضامن ، فهي كفالة معلقة بالشرط قطعاً ، وقد نص الفقهاء على صحتها : جاء بالجزء الرابع من ابن عابدين - ص ٢٩١ (باب الكفالة) ما يأتي : « وتصبح الكفالة بما غصبك فلان فعلى وكذا ما اتلف لك المودع فعلى وكذلك كل الأمانات وكذا في جامع الفصولين ... » .

فما ذهب إليه بعض الباحثين من عدم صحة الكفالة بالجهاز لأنه أمانة والكفالة بالأمانات باطلة ليس صحيحاً لأن محل عدم صحة الكفالة بالأمانة غير معلقة على شرط ملائم . أما إذا كان مغزى عقد الكفالة وما يهدف إليه وما يحمله في ثناياه وطيّاته إنما هو الشأن في الكفالة بالجهاز كانت الكفالة به صحيحة قطعاً كما يدل على ذلك ما نقلناه عن ابن عابدين ، وهو لعمر الحق نص قاطع في حادثتنا هذه لمن يعمن النظر .

(١) العياط الشرعية ، جلسة ١٩٥٢/٥/٢٤ ، للمحامية الشرعية ، السنة ٢٤ العدد ٤ و٦ ص ٢٥٦ وما بعدها ، وأسيوط الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٤٧/٥/٢١ - للمحامية الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٨ و٧ - ص ٤١٩ وما بعدها .

الخلاف حول أعيان الجهاز المعروض للتسليم:

إذا إتفق المدعى والمدعى عليه على جميع الوقائع فى دعوى طلب فيها الحكم بأعيان الجهاز أو قيمتها ، وإختلف فى أن أعيان الجهاز المعروضة للتسليم هى بعينها الواردة فى قائمة الجهاز أو أنها غير الواردة بها فالقول قول الغاصب بيمينه .

أن القول للقابض فى تعيين ما قبض أميناً كان أو ضمئياً وذلك عند عدم البرهان .

إذا كان فى هذه الحالة القول قول القابض بيمينه ، فاليمين هى حق المغصوب منه وليست حقاً لله تعالى ، فلا توجه إلا بطلب المغصوب منه .

وقد جاء بأسباب حكم محكمة الفيوم :

« .. يقول هو إن الأعيان المعروضة هى بعينها الصادر ضده الحكم بتسليمها إن كانت قائمة (أو قيمتها إن كانت هالكة - أو مستهلكة بإعتباره غاصباً بعد أن كان أميناً) ، بينما تقول هى إنها ليست كذلك .

ومن حيث أن المتصوص عليه أنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فى نفس المغصوب هل هو عينه أم غيره فالقول للغاصب بيمينه لأن القول للقابض فى تعيين ما قبض أميناً كان أو ضمئياً (قال شرح الدر ص ١٢٢ من الجزء الخامس لإبن عابدين .

ولو فى نفس المغصوب فالقول للغاصب ، وعلق على ذلك إبن عابدين موضعاً قائلاً بأن قال الغاصب لثوب : هذا ليس هو الذى غصبته ، وقال المالك بل هو هذا ، فالقول للغاصب لأن القول للقابض فى تعيين ما قبض أميناً كان أو ضمئياً) .

وهذا كله عند عدم البرهان ، وقالت هى أنه ليس لديها إثبات ، ولما كان حقاً ولم تطلبها وليست من حقوق الله فلم تعرضها المحكمة - من تلقاء نفسها عليه - ثم قضت المحكمة بوقف تنفيذ الحكم بالنسبة لقيمة أعيان الجهاز حتى يثبت هلاك أعيان الجهاز المذكورة أو إستهلاكها .

طبيعة عقد إيداع الجهاز :

طبيعة عقد إيداع (الجهاز) تسليط من جانب صاحب الوديعة للمودع

على الحفظ الشخصي للوديعة والتزام من جانب المودع بهذا الحفظ الشخصي ، وأنها أمانة وتضمن بالنقد : وحدد الفقهاء الحفظ الشخصي بناء على هذا الأصل بحفظ نفسه فلم يبيحوا للمودع أن يحفظ الأعيان المودعة إلا بنفسه وفي حرزه ، فلو حفظها بأحد أو في حرز أحد ولو من أولاده ضمن ، إلا أنهم أباحوا للمودع على سبيل الترخيص أن يحفظها بأحد من عياله بشرط أن يكون مساكناً وأن لا يعلم فيه خيانة وألا يكون قد نهى من جانب صاحب الوديعة عن حفظها بواسطته وكان له منه بد لأن الحفظ في هذه الحالة يعتبر حفظاً شخصياً .

إن تسليم الجهاز لوالد الزوج دلالة على عدم أمانة الزوج ونهى ضمنى من الزوجة عن الإيداع عنده (١) .

من توجه إليه الدعوى بطلب تسليم الجهاز :

للزوج إتفاقاً .

وللكفيل به على الراجح .

وإذا دفعت الدعوى من جانب والد الزوج بعدم سماع الدعوى (المقرر بورقة بإستلام أعيان الجهاز من الزوجة) بعدم سماعها شرعاً بمفهوم أنه سلم أعيان الجهاز لإبنته (الزوج) ، وكانت ظروف الدعوى وملابساتها واحتدام الخصومة بين الزوجين كاشفة عن التواطؤ بين الأب وإبنته ، كان هذا الدفع حليلاً مستوجب الإلتفات عنه ورفضه قيمة الأعيان هي قيمتها يوم الإستلام ويوم الغصب (كما تقول المدعية) .

تقضى المادة ٩٦ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، والواردة في الفصل الثالث من الباب الثاني في سماع الدعوى .

وهي من بين المواد الملغاة بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن توحيد جهات القضاء بأنه لا يلزم لصحة الدعوى في الغصب بيان القيمة إلا إذا

(١) سوهاج الشرعية ، جلسة ١٩٤٨/٥/٥ ، المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٤ و٥٢٢ - ص ٢٢٢ .

كان هالكا ، فإن كان قائماً إكتفى فيه بالوصف .

وتقتضى المادة ٩٧ للغة :

« من قبيل الغصب إمتناع الأمين عن تسليم الأمانة عند طلبها كإمتناع من تحت يده الجهاز من تسليمه للزوجة عند طلبه » - وقد عبرت هذه المادة عن المدعى عليه بأنه (الأمين) وبأنه (من تحت يده الجهاز) دون نظر إلى صفته فيصدق حكمها على الزوج وغيره .

ومن ثم فلا يعفى المستلم (أو الكفيل به) - الذى ترك الحفظ الشخصى الملتمزم به - من مسئولية فى هذه الدعوى وإتجاه دعوى الضمان عليه ولو كانت أعيان الجهاز فى يد الزوج وليست فى يده .

وجاء فى (فتح القدير) - الجزء ٧ - باب الوديعة - : « فإن طلبها صاحبها فجعلها ضمنها » ، ومعنى الضمان هنا أن تنقلب يده من يد أمانة إلى غصب وعلى الفأصن رد ما غصب .

وفى (الدر المختار وشرحه) : « ويجب رد عين الغصبوب فى مكان غصبه أو رد مثله إن هلك وهو مثل ، وإن انقطع المثل فقيمته .. إلخ » .

ويد الزوجة فى أعيان جهازها حق مقصود لها وقد فوتها عليها فيجب إعادتها بردها إليها إن كانت قائمة ، إذ فى ذلك إبقاء كامل لأنه رد للعين والمالية ، فكان موجبا أصليا أو رد قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة إذ فيه إبقاء قاصر لأنه رد للمالية فقط فكان مخلصا خلفا عن العين عند تعذر ردها .

وفى دعوى مطالبة بأعيان جهاز .

طلبت المدعية الحكم على المدعى عليه بأن يسلم إليها أعيان جهازها الموضحة بالصحيفة إن كانت قائمة أو قيمتها للبيئة كذلك إن كانت هالكة أو مستهلكة مع إلزامه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .. أحييت الدعوى إلى التحقيق .

إستعرض الحكم واقعة النزاع وخلاصة ما قدمه الطرفان من دفاع وأدلة ، وحدد موطن النزاع وأنه منحصر فيما أبداه المدعى عليه من تسلمها أعيان جهازها بعد الطلاق ، وناقش الحكم أقوال شهودهما ، طارحا أقوال

شاهدى النفى لتناقضهما والمقرينة المستفادة من إستحالة تسليم هذه المنقولات فى ساعة متأخرة من الليل وبعد حصول النزاع ، دون أن يحصل منها على إيصال بتسليمها لجهازها ، وإنتهى إلى قبول شهادة شاهدى الإثبات ، ثم أورد القاعدة القانونية التى إعتبرت جهاز الزوجة تحت يد الزوج على سبيل الأمانة ، وأن الأمين إذا امتنع عن تسليم الأمانة التى تحت يده يعتبر غاصباً ، وأن الغاصب ملزم برد عين ما اغتصب إن كان قائماً أو قيمته إن كان هالكا أو مستهلكاً (١) .

وفى دعوى مطالبة بأعيان جهاز ،

أقامتها المدعية ضد زوجها المدعى عليه طلباً للحكم بتسليمها أعيان جهازها عيناً أو ثمنها وقدره ٢٣ جنيه .

وبجلسة ١١/٣/١٩٧٤ حكمت المحكمة حضورياً برفض الدعوى (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم فساده فى الإستدلال ، ذلك أنه جعل من إقرار المدعية القضائى بأنها لم تزف إلى المدعى عليه بالمنقولات الواردة بالقائمة سند الدعوى حيث كانت فى حوزة المدعى عليه من قبل مخلقة له من زوجة سابقة ، دليلاً على أن المدعية لا تملك تلك المنقولات ، حالة كون إقرار المدعية بذاته ، وعلى هذه الصورة لا يقوم دليلاً على إنتفاء تملك المدعى عليه ذات المنقولات لزوجته المدعية عند الدخول بها ، وهو الأمر للمستفاد من إقراره بملكيتها لها فى القائمة المذيلة بتوقيعه ، والذي تؤكد بإقراره اللاحق الوارد بالشكوى الإدارية المقدمة منه .

وفى دعوى مطالبة بأعيان جهاز أو قيمته :

أقامتها الزوجة ضد زوجها وأبيه طالبة إلزام الأول مديناً والثانى ضامناً برد أعيان جهازها للموضحة بالصحيحة والقائمة المؤرخة ١٩٦٥/٨/٦ إن كانت قائمة أو دفع قيمتها وقدرها ١٢٢ جنيه و ٥٠٠ ملجم إن كانت هالكة أو مستهلكة مع إلزامهما المصروفات .

(١) كسر الدوار الجزئية - جلسة ١٠/٢٠/١٩٧٥ - القضية ٣٢٩ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس.

(٢) قنا - جلسة ١٢/١١/١٩٧٤ - القضية ١٢٠٥ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس جزئى .

وبجلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ قضت المحكمة حضورياً بالطلبات (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت منقولات الزوجية تودع بيت الزوجية رهن الإستعمال المشترك للزوجين ، مما مفاده أن للزوج عليها حق الإستعمال طالما بقيت الزوجية ما لم يحدد الإتفاق وقتاً آخر لردّها ، فإن لم يوجد مثل هذا الإتفاق إرتهن ردها بإنقصاص عرى الزوجية وبات طلب الزوجة ردها قبل هذا الأوان غير مقبول - لما كان ذلك وكانت القائمة - التى تحكم العلاقة بين الطرفين - قد خلت من تحديد أوان لرد المنقولات ، وكان البين من وقائع الدعوى أن الزوجية لا زالت قائمة ، فإن الحكم إذ رأى أن أوان رد المنقولات قد أن بمجرد طلب المدعية يكون قد جاقى الواقع فى الدعوى وأخطأ فى القانون .

وفى دعوى مطالبة بأعيان جهاز .

بحث الحكم يد الزوج على أعيان جهاز زوجته ، مقرر أن المقرر شرعاً أن الجهاز يعد أمانة فى ذمة الزوج ، لأن الزوجة وما فى يدها فى يد زوجها والأمانات إنما تضمن بالتعدى وهو من يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع ، فجهاز الزوجة لا يضمن إلا بالتعدى وإمتناع الأمين وهو الزوج فى الدعوى عن تسليم الجهاز للمدعية عند طلبه بما يجعله متعدياً وجاحداً له وبالتالي غاصباً له والغاصب ملزم برد المصوب إن كان قائماً وقيمه إن كان هالكا (٢) .

التكييف الصحيح لدعوى الجهاز :

وفى دعوى أعيان جهاز:

لقيامها للدعى ضد زوجته قائلاً إنها زفت إليه بأعيان الجهاز المبينة بقائمة مذيلة بتوقيعه ، وقد قامت المدعى عليها بنقل مفردات القائمة قيمتها ٤٧ جنيه و ٨٠٠ ملجم (خاتم ، وبلة ذهب ، وبعض أدوات المائدة ، ومفروشات) وقد طالبها بإعطائه إيصالاً يفيد إستلامها هذه الأشياء إبراء

(١) الخانكة - جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ - القضية ٤٦ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس - جزئى .

(٢) مركز الزقازيق - القضية رقم ٤٣٣ سنة ١٩٧٥ لحوال نفس .

لذمته من قيمتها الثابتة بالقائمة ، فرفضت ، فأقام الدعوى مطالباً بتسليمه هذه الأشياء أو ثمنها فى حالة رفضها التسليم .

وبالجلسة طلب المدعى إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها ، ولم تحضر المدعى عليها .

ولكن للحكمة قضت بجلسة ١٩٧٤/١١/٢٠ غيابياً برفض الدعوى^(١).

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان المقرر - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن على المحكمة أن تعطى الدعوى التكييف الصحيح الذى تنبئ منه الوقائع لتنزل حكم القانون على ما ثبت لديها أنه التكييف الصحيح ، وكان البين من عرض المدعى لواقعة النزاع أنه لا ينازع المدعى عليها فى لحقيتها فى إسترداد أعيان جهازها التى سلمتها إليه ، ولكنه يطلب إثبات براءة ذمته من إلزامه برد المنقولات التى أورد ببيانها فى صحيفة دعواه ، بدعى أن المدعى عليها قد نقلتها من منزل الزوجية ، فإن الحكم إذا لم يكيف الدعوى بهذا التكييف ، ويقضى فى الدعوى على أساسه ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

الإختصاص بقضايا الجهاز :

إذا رفعت الدعوى على المدعى عليه ليس بصفة كونه زوجاً ، وإنما رفعت عليه بصفة كونه وارثاً لوالده الذى تسلم جهاز المدعية .

فقد اختلفت أنظار المحاكم فى تحديد جهة الإختصاص :

فذهب رأى - إلى أن المفهوم من إختصاص المحاكم الشرعية بالجهاز إنما هو فى المنازعات الخاصة به التى أساسها الزوجية كالتى تسرى بشأنه بين الزوجين أو بين من يقوم مقامهما أو بين أحدهما ومن يقوم مقام الآخر ، أو فيما عدا ذلك فليس لها إختصاص فيه .

بينما ذهب رأى آخر - إلى أن كل خصومة تتعلق بأعيان الجهاز قبل

(١) قنا - جلسة ١٩٧٤/١١/٢٠ - القضية ٧٤٠ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

المستلم له تكون من إختصاص المحاكم الشرعية طبقاً للمادتين ٦٥ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فإذا ما مات المستلم قام وارثه مقامه في هذه الخصومة ، لأن صفة الأعيان المذكورة تبقى ثابتة لها ، والقول بغير ذلك لا يتفق وإطلاق المادتين المذكورتين اللتين جعلتا المحاكم الشرعية مختصة بالفصل في المنازعات المبينة بهما والتي من بينها الجهاز بدون ملاحظة كون الخصومة فيه بين الزوجين أو من يقوم مقامهما ، إذ الإطلاق فيهما يشمل الدعاوى التي ترفع من أحدهما أو ممن يقوم مقامه ضد أي شخص آخر يكون قد إستلم أعياناً بوصفها جهازاً (١) .

الأصول الشرعية في منازعات المهر (الصداق) :

١٥٩- تتناول المهر (الصداق) ، من الناحية الإجرائية ، الأصول

الشرعية التالية :

١- الإدعاء بأن المهر المذكور بوثيقة الزواج هو مهر العلانية ، وأن الواجب هو مهر السر و هو من قبيل إدعاء الكذب في الإقرار لا يقبل إلا بنهل كتابي ... من حيث أن المقرر في الأصول الشرعية أن الديون تحل بحلول أجلها ، وتقضى بأمثالها ، وتجاب المدعية والحال ما ذكر إلى ما طلبت ... لذلك : (حكمت المحكمة حضوراً للمدعية على المدعى عليهما الأول بصفة أنه كان زوجاً لها ، والثاني بصفته كفيلاً له بثبوت دين صداقها بذمة مطلقها المدعى عليه الأول وقدره جنيه و مليم الذي حل بحلول أجله ، وأمر المدعى عليهما بالصفة المذكورة بأداء مثل ذلك إليها والزمتهما بالمصاريف و ٢ جنيه أتعاب للمحاماة (٢) .

(١) لسيوط الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٧٣/٩/١٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - ص ١٤٩ وما بعدها ، والميعاد الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٥/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤٥٥ و ٦ - ص ٢٥٦ .

(٢) بلقاس - جلسة ١٩٧٢/٢/٥ - القضية ٧٤ سنة ١٩٧١ احوال نفس ، وسيوط للشرعية - جلسة ١٩٤٦/١/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٢١ و ٨٢ ص .

٢- أجل الصداق يحل شرعاً بوفاة الزوجة ويصبح تركه للمتوفاة^(١) .

٣- ومن حيث أن المدعية طلبت الحكم على مطلقها للدعى عليه بثبوت مبلغ جنين و مليم مؤخر صداقها في نمته وأمره بأداء مثل ذلك إليها - ومن حيث أنه بالطلاق الثاني وإنقضاء عنتها منه يكون قد حل لها المؤخر المتوه عنه طبقاً لما هو منصوص عليه شرعاً ، جاء في تنقيح الحامدية - الجزء الأول - ص ٣٠٨: « ما يلي : » سئل في رجل طلق زوجته طلاقاً واحدة رجعية ثم راجعها ، فطالبته بمؤخر صداقها فكلفه أب الزوج كفالة شرعية ، فهل تصح الكفالة ولها مطالبتة بذلك بعد ثبوتها شرعاً ؟ الجواب : نعم ؛ وقد علق على هذا صاحب التنقيح بما يأتي : « أقول قد تقدم في أوائل باب المهر عن (الحاوي الزاهدي) : ولو طلقها رجعيّاً لا يصير المهر حالاً حتى تنقضى العدة ، وبه أخذ عامة المشايخ » . فيقول المؤلف : ولها مطالبتة بذلك ، أي : عند حلوله بموت الزوج أو طلاق آخر^(٢) .

٤- يقدر المهر في حالة عدم تسميته بمهر مثيلاتها من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها من مراعاة التماثل بينها وبين من يقاس عليها مهرها في الصفات والزمن - إختلاف مهنة والد الزوجة عن مهنة ابنة عمه للمقاس مهرها عليها لا يضر بالتماثل ، لأن الرغبة في الصهر تتبع سمعة الأسرة ومركزها الإجتماعي^(٣) .

٥- سبب وجوب الصداق على الزوج عقد النكاح ، وسبب وجوبه على الكفيل عقد الكفالة الذي هو إلتنزام من الكفيل وحده بأداء ما وجب على الزوج من ماله الخاص^(٤) .

(١) الوابلي الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٢٠٢، ٢٠١ - ص ١٣٢ .

(٢) أسيوط الشرعية - جلسة ١٩٤٨/١٠/٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ١٠ و ١١ - ص ٦١٨ .

(٣) الجيزة الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٨ و ٧ - ص ٣٩٦ .

(٤) أسيوط الكلية الشرعية - جلسة ١٩٢٦/٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٧ - العدد ٢ و ١ - ص ٨٢٥ .

٦- نص الفقهاء على أن المهر فى مقابلة البضع ، ويجب بالعقد ويتأكد بالدخول ، ومتى تأكد لا تسقط المطالبة به ما دامت الزوجية قائمة ، فقد نص فى (شرح الدر - باب للمهر) أن للزوجة منع الزوج من الوطء وخلوة رضيتها حتى تستوفى ما تعارف تعجيله من المهر لأن كل وطأة فى النكاح معقود عليها فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقي ، ويؤخذ من هذا أن كمال وطأة فى النكاح وارد عليها العقد بجميع المهر فما دامت الزوجية فسبب الوجود قائم وهو الوطء (١) .

٧- المهر إنما يستحق شرعاً بالعقد لأنه معاوضة فلا يستحق بدون تحقق العوض ، فإذا لم يتم العقد كان لمن أناه الحق فى طلب رده إليه ولو كان المعلن عن العقد أتياً من جانبه (٢) .

٨- العادة والعرف يقضيان بأن الزوجة تجهز بمهر وتزف به لزوجها ولا يدخل بها الزوج عادة إلا بعد أن تزف إليه بما جهزت من مهرها ، وهذه عادة مستقضية فى جميع البلاد المصرية لا يختلف فيها إقليم عن آخر وهو عرف منتشر لا يخفى على أحد حتى أصبحت هذه العادة لازمة من لوازم الدخول ، والعادة لها إعتبار فى الأحكام (٣) .

٩- يقضى الفقه بأن لوالد الزوجة البكر البالغة العاقلة غير السفيرة قبض مهرها إذا لم يحصل منها نهى صريح عن قبضه لجريان العادة بأن الأب يقبض مهر البكر البالغة ليضم إليه شيئاً من ماله ليجهزها به (٤) .

١٠- طلب عاجل الصداق يثبت من تاريخ العقد ، فمضى أكثر من

(١) ملوى الشرعية - جلسة ١٢/٢/١٩٤٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٢٠٩ - ص ٧١ .

(٢) جرجا الشرعية - جلسة ٢٦/٢/١٩٥٥ - المرجع السابق - السنة ١٨ - العدد ٢٠٩ - ص ١٥٩ .

(٣) سمالوط الشرعية - جلسة ٤/١/١٩٣٢ - المرجع السابق - السنة ٤ - العدد ٥٤٠ - ص ٧٨٠ .

(٤) شبين القناطر الشرعية - جلسة ٢٤/١٢/١٩٣٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٤ العدد ١٠٩ و ١٠٩ - ص ٤٦٥ .

خمس عشرة سنة من غير طلب له مانع من سماع الدعوى لما يفهم من النص الفقهي (١) .

١١- وحيث أن الزوجة ماتت قبل الدخول ، فقد تأكد بموتها كل المهر (٢) .

١٢- الطلاق البائن يحل به مؤجل الصداق ، ولو قبل إنقضاء العدة لزوال الملك والحل لم يحكم خلاف ذلك بين الفقهاء لكن إذا كان مقسطاً على أقساط أو مؤجلاً إلى أجل فلا يحل إلا بحلول أقساطه أو أجله (حاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٤٥٠) (٣) .

١٣- لا نزاع بين الفقهاء على أن الشبكة هدية والهدية هبة وخروجها عن ملك الموهوب له أو هلاكها أو إستهلاكها مانع من الرجوع فيها (٤) .

الإختصاص النهائي للمحكمة الجزئية بمنازعات المهر والجهاز :

١٦٠- الاستفادة من نص المادة الخامسة من اللائحة الشرعية أن الحكم الصادر في المنازعة المتعلقة بالمهر أو الجهاز يكون نهائياً قابلاً للإستئناف متى كانت قيمة المستحق المطالب به عشرة آلاف جنيهاً فأقل وكانت قيمة المهر أو الجهاز لا تزيد على ٢٠٠٠ جنية (الفان جنيهاً) .

ويلاحظ أن دعاوى الجهاز دائماً من إختصاص المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية مهما كانت قيمة الدعوى ، ولكن الحكم يكون إنتهائياً أو ابتدائياً بحسب القاعدة الواردة في المادة التاسعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠

(١) ملوى الشرعية - جلسة ١٩٤٢/١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٦ العدد ١٠٩ و ١٠٦ ص ٤٦٢ .

(٢) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٢٦/٧/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٨ - العدد ٦٥ - ص ٢٢٢ .

(٣) كفر الزيات الشرعية - جلسة ١٩٤٠/٥/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٩ - العدد ٣ و ٤ - ص ٩٢ .

(٤) كفر الشيخ الشرعية - جلسة ١٩٣١/١١/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٠ العدد ٨٧ - ص ١٧١ .

ويمكن الإلتجاء إلى المحكمة المدنية في حالة طلب توقيع الحجز التحفظي الإستحقاقى إستهلاكاً للدعوى بطلب تسليم الجهاز ، وعندئذ يتحدد الإختصاص القيمي : بحسب قيمة اعيان الجهاز وفقاً للأصول المدنية في المرافعات المدنية ، فتكون المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية على حسب الأحوال .

سادساً - الصلح بين الخصمين :

١٦١ - نصت المادة الثامنة عشر من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائي في المنازعات في المواد الآتية :

« الصلح بين الخصمين أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً ، .

فإن من أهم واجبات القاضى الشرعى أن يطرح الصلح على الخصوم رعاية لصلاة القربى وحماية الأسرة ورعاية الأولاد .

وقد يشمل الصلح مسائل وأمرات ليست بطبيعتها من إختصاص القاضى الجزئى ، ولكن إجازة الصلح فى هذه الحالة تقوم على أساس أن مثل القاضى فى هذه الحالة كممثل الموثق الذى يحرر العقود بين الناس ويصدق عليها (١) .

وحظر إستئناف الأحكام التى إنتهت بالصلح بين طرفى الخصومة أن هذا الطريق من طرق الطعن لا يكون إلا للأحكام التى تحسم نزاعاً وتفض خصومة ، والمراد من مسلك هذا الطريق هو رفع ظلم حاق بالطاعن ، على حين أن مظنة هذا الظلم قد إنفجعت بالرضا بحسم النزاع صلحاً .

ومن ناحية أصول المرافعات الشرعية فقد كانت المادة ٨٢ من اللائحة الشرعية تقر أن :

« ويراعى بقدر الإمكان فى سماع الدعوى ترتيبها فى قائمتها ويبدأ بالسعى فى الصلح بين الخصوم ، لأن الصلح أقطع للنزاع وأحفظ للروابط (٢) .

(١) شرح اللائحة الشرعية ، للأستاذين أحمد قمعة وعبد الفتاح السيد ، ص ١١٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية .

وقد تناول الإلغاء المادة ٨٢ هذه بمقتضى المادة ١٣ من قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم فقد تعين الرجوع فى شأن الصلح الذى تجريره للحكمة على أصول المرافعات المدنية إعمالاً لحكم المادة الخامسة من قانون التوحيد ، وهى الأحكام التى تنص عليها المادة ١٠٣ مرافعات جديدة (المقابلة المادة ١٢٤ من قانون المرافعات الملغى) .

فتنص المادة ١٠٣ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦١ أن: « للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حال كانت عليها الدعوى إثبات ما إتفقوا عليه فى محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم ، فإذا كانوا قد كتبوا ما إتفقوا عليه الحق الإتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة فى الحالات قوة السند التنفيذى وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام » .

وقد قضت محكمة النقض (١) بأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومه لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الإتفاق ، ومن ثم فإن هذا الإتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليست له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته .

كما قضت (٢) أيضاً بأن محضر الصلح المصدق عليه بالمحكمة لا يخرج عن كونه عقداً قابلاً للتفسير كبقاى العقود . فما دام تفسير قاضى الموضوع له مستساغاً فلا معقب عليه فيما يراه فيه . ويجوز للمحكمة إثبات صلح جزئى بالنسبة لبعض الخصوم أو بالنسبة لبعض الطلبات .

كما أن الجائز أن يدرج فى محضر الصلح كل منازعات الخصوم ولو كانت خارجة عن نطاق الخصومة القائمة أمام المحكمة ولم تتضمنها ،

(١) نقض - جلسة ١٩/٤/١٩٥٤ - مجموعة القواعد القانونية (٢٥ سنة) جزء ٢ - ص ٢٥٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٠/١/١٩٤٩ - المرجع السابق - ص ٧٥ .

بشرط ألا تخالف النظام العام وحسن الآداب ، وإلا كان للمحكمة أن تستبعد
أي إتفاق يخالف النظام العام وحسن الآداب ، وهي في قضائها هذا إنما
تصدر حكماً (١) .

سابعاً - التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين :

١٦٢ - نصت المادة التاسعة عشر من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن
تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائي في المنازعات في المواد الآتية :

« التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين »

فلكل خصم أن ينيب عنه غيره في المخاصمة سواء قبل مجلس القضاء
أو خلال نظر الخصومة بالقيود والضوابط المقررة في القانون ، وبخاصة
أحكام المواد من ٧٢ إلى ٨١ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة
١٩٦٨ وسوف نتناولها بالدراسة في الفصل الأول من الباب الثالث من
نظرية الدعوى . وأحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة ،
والتي سنتناولها في الفصل المذكور أيضاً ، لأن تلك الأحكام هي القانون
الواجب التطبيق بعد أن تناول الإلغاء المواد من ٧٤ إلى ٨١ من اللائحة
الشرعية والخاصة بحضور الخصوم ووكلائهم .

ومقتضى نص المادة ١٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ هنا أنه قام نزاع
في شأن الوكالة في مادة من المواد التي نصت عليها تلك المادة وكان الفصل
فيها نهائياً غير قابل للإستئناف . فإن النزاع في التوكيل يكون بدوره غير
قابل للإستئناف ، فيأخذ الفرع في هذه الحالة حكم الأصل (٢) .

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ١
- ١٩٦٩ - ص ٢٨٢ - وانظر في الموضوع أيضاً : نظرية الأحكام - للدكتور أبو
الوفا - ص ٦٨ وما بعدها ، والعقود للسماة - للدكتور محمد كامل مرسى -
طبعة ١٩٥٢ - ص ٤٦١ - والوسيط جزء ٥ - للدكتور عبد الرزاق أحمد
السنهوري الصلح .

(٢) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - المرجع
السابق - ص ١١٢ .

ثامناً - شرط النهائية أن لا يكون هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به :

١٦٣- واختتمت المادة الخامسة من اللائحة الشرعية بالفقرة التالية:

« وذلك كله إذا لم يكن هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به » .

وقد حدا إلى إيراد هذه الفقرة - كما تقول المذكرة الإيضاحية (١) . بحق - أن الحوادث دلت على أنه قد ترفع دعوى بنفقة زوجية ويحكم فيها بما دون النصاب النهائى ويكون هناك نزاع بين المتداعيين فى الزوجية فيكون هذا الحكم ابتدائياً بالنظر إلى النزاع فى الزوجية وإنتهائياً بالنظر إلى النفقة المحكوم بها ، وقد تقرر محكمة الإستئناف رفض دعوى الزوجية ولا تستطيع أن تمس الحكم فيما يختص بالنفقة ، ويترتب على ذلك إضطراب وإشكال ، لذلك رأى تدرك هذه الحالة بالنص على أن الأحكام الصادرة بالتطبيق للمادة الخامسة الجديدة لا تكون نهائية إلا إذا لم يكن هناك نزاع فى سبب الحق الذى جرى فيه التداعى بين الخصمين كالزوجية والبنوة فى دعوى نفقة الزوجة أو الصغير ، فإذا كان هناك نزاع فيه ، فإنه يستأنف بجميع مشتملاته .

فإستئناف الحكم الصادر فى دعوى النفقة للزوجة يقبل ، سواء كان نصابها مما يستأنف أم مما لا يستأنف متى كانت الزوجية منكرة ، لأن النزاع فى الواقع إنما هو فى حصول الزوجية عن عدمه (٢) .

كما يقبل إستئناف الحكم الصادر فى دعوى النفقة والمهر مهما كانت قيمتها متى كان هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به ، ويعتبر من هذا القبول النزاع فى السخول أو الخلوة (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية لللائحة الشرعية .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٢٩/١٠/١٩٣٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٤٤٨ .

(٣) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٢٣/٣/١٩٣٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٤ - ص ٤٣٧ .

المطلب الثانى

الإختصاص الابتدائى للمحكمة الجزئية الشرعية

١٦٤- تقضى المادة ٦ من اللائحة الشرعية بأن :

« تختص للحاكم المذكورة (أى المحاكم الجزئية الشرعية) بالحكم
الإبتدائى فى المنازعات فى المواد الآتية :
حق الحضانة والحفظ .

إنتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر .

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا زاد ما يطلب الحكم به
من مائة قرش فى الشهر فى كل نوع من النصاب المبين فى المادة السابقة
أو حكم بأكثر من ذلك .

الزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير إذا كان مجموع الزائد والأصل أكثر
من مائة قرش فى الشهر فى كل نوع أو أكثر من ثلاثمائة قرشاً فى
مجموع الطلبات .

النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا زاد مجموع ما طلب أو حكم
به على ألفى قرش .

النفقات بين الأقارب :

المهر والجهاز إذا زاد المستحق للطالب على ألفى قرش أو كانت قيمة
المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش .

دعوى الإرث بجميع أسبابه فى التركات التى لا تزيد قيمتها على
عشرين ألف قرش .

دعوى النسب فى غير الوقف .

الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق .

الطلاق والخلع والمباراة .

الفقرة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين .

وتكون أحكام النفقات المذكورة في هذه المادة نافذة مؤقتاً ولو مع حصول المعارضة أو الإستئناف .

أولاً - حق الحضانة والحفظ :

١٦٥ - سبق أن عرفنا بالحضانة وذكرنا أحكامها وشروطها والحقوق التي تتنازعها عند الكلام في أجره الحضانة بإعتبارها نوعاً من نفقة الصغير وذلك على التفصيل الذي أوردناه في المطلب الأول الخاص بالإختصاص النهائي للمحكمة الجزئية الشرعية (١) ، وخلصنا فيها إلى أن الحضانة عمل ، وأن فيها حقوقاً ثلاث : حق الصغير ، وحق الحاضنة ، وحق الأب . فإذا اجتمعت وأمكن التوفيق بينها وجب المصير إليها ، وإن تعارضت فحق الصغير مقدم على حقها ، لأن مدار الحضانة على نفع الولد .

والحضانة حق للأم ثم لحام الأم الصغير من النساء يتقدم فيها الأقرب فالأقرب يليه ، فأحقهن الأم ثم أم الأم ثم أم الأب ، ومن الشروط الواجب توافرها في الحاضنة ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم منه ، لأنها تكون قد أسكنته عند إجتبى عنه (٢) ، ويسقط حينئذ حقها في الحضانة ، وأن الصحيح في المذهب الحنفي أن الحضانة حق للحاضنة وللطفل ، ويترتب على ذلك أنها لو صالحت زوجها على أن تترك حقها في الحضانة وجعل ذلك أساساً في الصلح فإنه يكون باطلاً ، لأنه يكون صلحاً على ما لا تملك وهو حق غيرها (٣) .

وقد أوجز الأستاذ محمد قدرى باشا في كتابه (الأحكام الشرعية في

(١) راجع ما جاء بالفقرات ١٢٢ حتى ١١٤ من هذا المؤلف .

(٢) بلباس الجزئية - جلسة ١٩٧١/٩/٢١ - القضية رقم ١٧٠ سنة ١٩٧٠ أحوال .

(٣) الأحوال الشخصية - لأستاذنا فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة - من ٤٠٥ و ٤٠٧ و ٤١٢ .

الأحوال الشخصية (١) شروط الحضانة بأن تكون :

حرة - بالغة - عاقلة - أمينة - لا يضيع الولد عندها بإشتغالها عنه -
قادرة على تربيته وصيانيته - أن لا تكون مرتدة - أن لا تكون متزوجة
بغير محرم للصغير - وأن تمسكه في بيت المبغضين له ، ولا فرق في ذلك
كله بين الأم وغيرها من الحاضنات .

والفرق بين حق الحضانة وأجرة الحضانة من حيث قابلية الحكم
الصادر في كل منهما للإستئناف هو أن الحكم الصادر في دعوى الحضانة
يرفضها أو يقبولها أي كان النزاع الدائر فيها سواء منه ما كان حول سن
المحضون أو شروط المحضون والحاضن ، فإن الحكم الذي يصدر فيها يكون
إبتدائياً دائماً (أي قابلاً للإستئناف) وذلك حتى يتمحض الحق بإعادة النظر
فيه إذا إقتضى الحال (٢) ، وفقاً لنص المادة ٦ من اللائحة الشرعية .

أما أجرة الحضانة فهي بإعتبارها نوعاً من نفقة الصغير وعنصر من
عناصرها فإن قابلية الحكم الصادر فيها للإستئناف أو نهائيته منوط
بالضوابط التي حددتها المادة الخامسة من اللائحة الشرعية ، فإذا انفرد
الطلب بها وكان مصدر المقدار ، فإن الحكم الصادر فيه يكون قابلاً
لِلإستئناف إذا كان ما طلب أكثر من مائة قرشاً في الشهر ، ونهائياً إذا كان
مائة قرشاً فأقل شهرياً ، وإذا كان الطلب غير معين فإن الحكم فيه يكون
قابلاً للإستئناف إذا كان ما قضى به أكثر من مائة قرشاً في الشهر ونهائياً
إذا كان مائة قرشاً فأقل شهرياً - أما إذا إجمعت أجرة الحضانة مع غيرها
من أنواع نفقة الصغير فإن الحكم يكون إبتدائياً وقابلاً للإستئناف إذا كان
مجموع ما حكم به أو طلب الحكم به يزيد على ثلاثمائة قرش في الشهر ،
ويكون الحكم نهائياً إذا كان مجموع ما طلب أو حكم به ثلاثمائة قرشاً
فأقل في الشهر ، وذلك كله على التفصيل السابق (٣) .

(١) ٢٨٢م ص ٦٥ - للطبعة الهندية - ١٩١٧ .

(٢) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قحمة وعبد الفتاح السيد - ص ١٠٤ .

(٣) راجع الفقرة ١٢٢ من هذا المؤلف .

أما بالنسبة لحق الحفظ فإنما يظهر إذا قام التزام بين أقارب الصغير ، كل يريد حفظه عنده ، والفصل في ذلك إنما يعتمد على المبادئ والأصول الشرعية التي تعدد ترتيب الحاضنات ، ويحدث هذا النزاع عادة بعد إنقضاء مدة الحضانة أو سقوط حق الحاضنة في الحضانة بأي سبب من الأسباب المسقطة .

والحكم الصادر في الحضانة أو الحفظ يصدر دائماً من المحكمة الجزئية الشرعية (بإثارة الأحوال الشخصية الولاية على النفس بالمحكمة الجزئية الآن بعد صدور قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) ويكون قابلاً للاستئناف دائماً عملاً بالمادة ٦ من اللائحة الشرعية .

ثانياً - انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر :

١٦٦- إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير كجدته لأمه أو لأبيه أو كالأخت أو الخالة ، فليس لأي منهم الانتقال بالصغير أو الصغيرة إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ، بحيث إذا إنتقلت أجبرت على العودة إلى محل الحضانة .

لما إذا كانت الحاضنة أم الصغير ، فإن لها حالات ثلاثة :

١- أن تكون الزوجية قائمة بينها وبين والد الصغير الذي في حضانتها .

٢- أن تكون مطلقة ، ولكن ما تزال في العدة .

٣- أن تكون مطلقة وإنقضت عدتها .

ففي الحالة الأولى لا تملك الزوجة الانتقال من مسكن الحضانة ، لأن مبارحتها لمسكن الزوجية بغير إذن الزوج نشوزاً عن طاعته .

وفي الحالة الثانية فليس للمعتدة أن تبرح مسكن العدة حتى تنقضي عدتها إلا بعدد مبيع للخروج منه ، لأن خروجها إعتداء على حق الشرع وحق المطلق على سواء . قال تعالى وهو أصدق القائلين : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعتنهن وأحصوا العدة وإتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

غير أنه يجوز لها الانتقال إلى بلدها الأصلي بعد إنقضاء العدة بغير إذن

مطلقها لأن في ذلك مصلحتها ومصلحة الصغير ، ولكي تكون تحت إشراف أهلها ورعايتهم ورقابتهم .

والحكمة في عدم جواز الانتقال بالصغير إلى مكان بعيد أن يكون الولد في رعاية أبيه وإشرافه عليه ، كما يكون في حضنة أمه على سواء .

فإذا إنتقلت الأم في غير هذه الحالات إلى مكان بعيد لجبرت على العودة بالصغير .

وقد حدد الأستاذ قدرى باشا (١) أحكام إنتقال الحضنة بالصغير في المولد ٣٩٢ و ٣٩٣ و ٣٩٤ .

فنصت المادة ٣٩٢ على أنه :

« يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها مساهم في حضانتها .

فإذا أخذ المطلق ولده منها لتزوجها بأجنبي وعدم وجود من ينتقل إليها حق الحضنة جاز له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه أو من يقوم مقامها في الحضنة » .

ونصت المادة ٣٩٣ على أنه :

« ليس للأب المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له من بلد أبيه قبل إنقضاء العدة مطلقاً » .

ولا يجوز لها بعد إنقضائها أن تسافر به من غير إذن أبيه من مصر إلى مصر بينهما تفاوت ولا من قرية إلى مصر كذلك ولا من قرية إلى قرية بعيدة إلا إذا كان ما تنتقل إليه وطناً لها وقد عقد عليها فيه .

فإذا كان كذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضا أبيه ولو كان بعيداً عن محل إقامته .

فإن كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن وطنها فليس لها أن تسافر إليه بالولد بغير إذن أبيه إلا إذا كان قريباً من محل

(١) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - للأستاذ محمد قدرى باشا - ص ٩٨ .

إقامته بحيث يمكنه مطالعة ولده والرجوع إلى منزله قبل الليل -وأما الانتقال بالولد في مصر إلى قرية فلا تمكن منه الأم - بغير إذن الزوج ولو كانت القرية ما لم تكن وطنها وقد عقد عليها فيه « .

ونصت المادة ٣٩٤ على أنه :

« غير الأم من الحاضنات لا يقدر بأي حال أن تنقل الولد من محل حضنته إلا بإذنه » .

وطبقاً للمادة السادسة من اللائحة الشرعية يكون الحكم في المنازعات الناشئة عن الانتقال بالصغير قابلاً للاستئناف .

ثالثاً - نفقة الزوجة ونفقة الصغير :

١٦٧ - ذكرنا (١) أن الحكم في نفقة الزوجة ونفقة الصغير يكون نهائياً - في مفهوم المادة الخامسة من اللائحة الشرعية - إذا لم يزد ما يطلب الحكم به في كل نوع على مائة قرش في الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين ، وبشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو الصغير على ثلاثمائة قرش في الشهر - وقد فصلنا فيما سبق - وفي نطاق أصول المرافعات الشرعية أحكام نفقة الزوجة والصغير وأنواعها .

وتختص المحكمة الجزئية الشرعية بالحكم الابتدائي في المنازعات المتعلقة بنفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا زاد ما يطلب الحكم به في كل نوع على النصاب المبين في المادة الخامسة من اللائحة الشرعية (أي ما يزيد على مائة قرش في الشهر في كل نوع بحد أقصى قدره ثلاثمائة قرش في الشهر بالنسبة لمجموع ما يطلب أو يحكم به) ، كما يكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا حكم بأكثر من مائة قرش شهرياً في كل نوع أو أكثر من ثلاثة جنيهاً شهرياً بالنسبة لمجموع ما يطلب به ، وذلك وفقاً للمادة السادسة .

فلذا ذكرت الزوجة في دعواها بالنفقة على زوجها أن نفقة مثلها

(١) راجع بنده ١٦٥ وما بعدها من هذا المؤلف .

خمسة جنيهات مثلاً ولكنها طلبت الحكم بنفقة طعام وكسوة ومسكن ، ولم تعين مقدار ما تطلب الحكم به ، كان المعتبر في كون هذا الحكم نهائياً أو إبتدائياً هو ما يحكم به ، ولا إعتبار لما ذكرته على سبيل الحكاية من أن نفقة المثل كذا حيث لم تطلب الحكم به (١) .

وإذا طلب إمام محكمة أول درجة الفصل في الدعوى على أساس ما قدم من أوراق يعتبر عدولاً عن الطلبات المدونة بعريضة الدعوى وتفويضاً للمحكمة في الرأي يمتنع معه قبول الإستئناف (٢) .

ما يسقط دين النفقة:

١٦٨ - المستقر في الأصول الشرعية أن دين النفقة لا يسقط إلا في حالات ثلاثة (٣) .

١- نشوز الزوجة ، لأن سبب وجوب النفقة هو الإحتباس في مسكن الزوج محافظة على النسب من الإشتباه ، والنشوز مانع من تحققه .

٢- وفاة الزوجة المحكوم لها بالنفقة ، أو وفاة الزوجين معاً ، ما لم تكن مستتانة بأمر القاضى .

٣- أن يكون طلاق الزوجة بسبب راجع إليها كسوء سلوكها وسوء أخلاقها ، فلا يتصور أن تجنى الفاسقة ثمار سقطتها بإستيفاء حقها على الزوج ، بل يتعين ضياع الواجب عليه لها ، فمن ضبطت تخفى رجلاً في

(١) بنى سويف الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٢/٢/١٩٢٠ - للماماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٩١٧ .

(٢) مصرر الابتدائية الشرعية - جلسة ٢١/٥/١٩٢٦ - الماماة للشرعية - السنة ٩ - ص ٢٤٩ .

(٣) ينظر في الأصول الشرعية لما يسقط به دين النفقة : الدر المختار وحاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٦٧٧ ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد ابوزهرة - طبعة ١٩٥٧ - ص ٢٧٠ ، وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور محمد يوسف موسى - طبعة ١٩٥٦ - ص ٢٣٢ ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى - طبعة ١٩٦٥ - ص ٢٠٤ ، وشرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإيبنى - جزء ١ - طبعة ١٩١١ - ص ٢٧٦ .

دولاب الغسيل متخفياً في زى النساء ، هي فاسقة خائنة لزوجها ، ويسقط معها دين نفقتها عليه (١) .

رابعاً : الزيادة في نفقة الزوجة أو الصغير :

١٦٩- نصت المادة السادسة من اللائحة الشرعية على أن المحاكم الجزئية الشرعية تختص بالحكم الابتدائي في المنازعات في المواد الآتية :

« .. الزيادة في نفقة الزوجة أو الصغير إذا كان مجموع الزائد والأصل أكثر من مائة قرش في الشهر في كل نوع من ثلثمائة قرش في مجموع الطلبات » .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لللائحة الشرعية في خصوص هذه الفقرة من المادة السادسة أنه :

« كانت أحكام الزيادة في النفقات تعتبر كأحكام النفقات ابتداء من حيث جواز الاستئناف وعدمه ، وذلك غير صحيح لأن القصد من طلب الزيادة إعادة النظر في تقدير النفقة لطروء سبب يقتضيها ، فلا يصح النظر إلى حكم الزيادة مستقلاً عن المقدار السابق ، بل ينظر إليهما معاً ، فإن تجاوز مجموع الأصل والزيادة حد النصاب النهائي يستأنف حكم الزيادة فقط وإن لم يتجاوزه يكون حكم الزيادة غير قابل للإستئناف » .

والمستقر في الأصول الشرعية أن طلب زيادة النفقة لا يجوز إسناده إلى تاريخ حصول يسار الملتزم بالنفقة ، أوجب للزيادة ، مانامت لم تطلب فور تحقيق سببها ، ومن ثم الزيادة لا تستحق إلا من تاريخ المخاصمة والحكم في الدعوى (٢) .

(١) ميساط الابتدائية - جلسة ١٩٧٥/٦/٢١ - القضية ١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس مستأنف .

(٢) مصر الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤١/٢/٢ - مستأنف - للحامدة الشرعية - السنة ١٢ - ص ٨٥ ، وإنفاذ الشرعية - جلسة ١٩٤٤/١٠/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٤٦ - ص ٧٤ ، وبنى سوييف الكلية - جلسة ١٩٤١/١٠/٨ - مستأنف - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٢٠٩ ، وتنوير الأبصار ، والدر المختار ، وابن عابدين - جزء ٢ - ص ٦٦٩ حتى ص ٦٧٥ ، وحاشيته - جزء - باب النفقة

خامساً - النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى:

١٧٠- نصت المادة السادسة من اللائحة الشرعية على أن حكم المحكمة الجزئية الشرعية يكون إبتدائياً (قابلاً للإستئناف) فى المنازعات فى المواد الآتية :

« النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا زاد مجموع ما طلب أو حكم به على ألفى قرش » .

وقد سبق القول - فى تحديد النصاب النهائى للمحكمة الجزئية الشرعية - أن حكم المحكمة الجزئية الشرعية فى النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى يكون نهائياً إذا لم يزد مجموع ما يطلب على ألفى قرش أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين .

فإذا زاد مجموع ما طلب أو حكم به على ألفى قرش من النفقة عن مدة سابقة فإن الحكم يكون إبتدائياً قابلاً للإستئناف .

سادساً - الأصول الشرعية فى النفقات بين الأقارب:

١٧١- ونصت المادة السادسة من اللائحة الشرعية بأن حكم المحكمة الجزئية الشرعية يكون إبتدائياً (أى قابلاً للإستئناف) إذا كان مصادراً فى النفقات بين الأقارب .

تجب النفقة كما تجب بالزوجية . وإن اختلف الأساس الشرعى لكل منهما ، فنفقة الأقارب تجب لدفع حاجة القريب الفقير العاجز^(١) ، بينما نفقة الزوجية من أجل إحتباس الزوجة لحق زوجها ، ولهذا تجب للزوجة ولو كانت موسرة بعكس نفقة الأقارب .

وتسقط نفقة الأقارب بمضى المدة ما لم تكن مستندة بإذن من وجبت

(١) يراجع فى نفقة الأقارب : الأحوال الشخصية ، للدكتور عبد العزيز عامر ، ص٤٣١ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للمستشار محمد الدجوى - ص٤٠٣ وما بعدها ، وحقوق الأولاد والأقارب ، للأستاذ محمد الحسينى حننى ، ص٢٢٧ وما بعدها ، المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين ، للقاضى أنور العمروسى ، ص٢٢٧ وما بعدها .

عليه أو بإذن القاضى ، فإذا مضت مدة شهر فأكثر بدون أن يأخذ المستحق لنفقة الأقارب النفقة ، سقطت نفقة اللدة السابقة ، ولا تصير ديناً على المحكوم عليه إلا إذا كان المحكوم له مأذوناً بالإستدانة وإستدان فعلاً ، وإذا كانت اللدة الماضية أقل من شهر ، فلا تسقط النفقة فيها ، لأن هذه اللدة (الشهر) لازمة حتى يتمكن من المطالبة بالنفقة .

وتجب نفقة الأقارب للمأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ذلك أن أساس وجوب هذه النفقة الكفاية ، والكفاية تتعلق بهذه الأشياء .
وإختلف فى إعتبار أجر الطبيب وثمان الدواء ، والراجح أنهما تدخل فى الكفاية .

فإذا كان لمدعية النفقة إيراد يكفيها تعين رفض دعواها (١) .
ويلاحظ ظروف العرف فى الزمان والمكان والحالة الاقتصادية ، وحالة المنفق وما يفضل عن حاجته وحاجة من تلزمه حاجتهم .
والأصل الشرعى أن نفقة الإنسان - كما ينهب الفقه - فى ماله إن كان ، وإلا فعلى قريبه الموسر (٢) .

فإذا كان من تجب عليه النفقة واحداً وجبت عليه وحده . أما إذا تعددوا ، فإن المقرر أن النفقة فى قرابة الرحم المحرم عدا قرابة الأولاد تجب على من يرثون مستحق النفقة ، قال تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » .

فالإرث مرجع فى وجوب نفقة الفرع على الأصل فى بعض الأحوال ، ولم يعتبر مرجحاً ، ولم يعتبر مرجحاً فى وجوب نفقة الأصل على الفرع غى أى حال من الأحوال .

إذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة أصل وفرع كانت النفقة على الفرع دون الأصل ، فلو أن للألم الفقيرة أباً موسراً وبنتاً موسرة ، كانت

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤١/١٢/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - العدد ٤٥٧ و٦ - ص ٥٧ .

(٢) المنشية الشرعية - جلسة ١٩٤٥/٦/٢ - للرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٨٧ - ص ٢٨٦ .

النفقة على البنت دون الأب ، لقولهم لا يشارك الولد في نفقة أبيه أحد ، وإذا اجتمع في قرابة من تجب له النفقة أصول وحواشي وكان أحد الصنفين وارثاً والآخر وارث ، وجبت النفقة على الأصول ولو كانوا غير وارثين ، فإذا كان للصغير المطلوب له النفقة جد لأم موسر وأخت شقيقة موسرة ، كانت النفقة على الجد دون الأخت ترجيحاً للجزئية ولو أن الوارث غيره (١) .

أما إذا اجتمع في المسئول عن نفقة القريب أصول وحواشي ، كانت النفقة مقسمة بينهم حسب نصيب كل منهم في الميراث ، فإذا كان الأصل فقيراً إنتقل الإلتزام بكل النفقة إلى الحاشية (٢) فإذا كان للصغير جزء من منزل يسكن فيه ، فإن نفقته لا تكون في هذا المال ، وإنما تجب على المسئول شرعاً عن أدائها كما أن المقرر أن نفقة القريب على قريبه إنما تقوم فقط على دفع الحاجة حتى ولو كان المسئول عن أدائها ثرى ثراءً عظيماً .

كما أن المقرر شرعاً أن نفقة الأصل الفقير العاجز عن الكسب على فرعه الموسر الذي يفيض عن كسبه ما يفي بحاجته ، مصداقاً لقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » (٣) .

وإذا وجد للقريب الفقير الذي يستحق النفقة على غيره أصول وفروع موسرون فنفقته واجبة على أقربهم درجة سواء أكان وارثاً أم غير وارث إلا إذا وجد معهم ابن أو بنت فإن النفقة للأبوين واجبة على الموجود منهما لا يشاركه فيها أحد لقوله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » .

أما إذا كان للقريب المستحق النفقة على غيره أقارب من الأصول والحواشي فتجب النفقة عليهم جميعاً بنسبة الإرث إن كانوا جميعاً وارثين .

(١) ميت غمر - جلسة ١١/٢٤/١٩٥٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٧٥٧ - ص ٢٧٨ والمؤيد إستئنافي بجلسته ١٢/٢/١٩٥٣ .

(٢) دمياط الكلية الشرعية - الدائرة الأولى - جلسة ٢٦/٤/١٩٧٥ القضية ١٢٨ - سنة ١٩٧٤ س أحوال شخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - طبعة ١٩٦١ - ص ٤٨١ وما بعدها .

(٣) دمياط الكلية الشرعية - الدائرة الأولى - جلسة ٢٦/٤/١٩٧٥ القضية ٦٦ سنة ١٩٧٤ س أحوال .

وإن كان أحد المصنفين غير وارث فتجب النفقة على الأصول فقط وإن كانوا غير وارثين .

وإذا وجد للقريب المستحق للنفقة على غيره اقارب من الفروع والحواشي ، فلا عبء بوجود الحواشي ولو كانوا وارثين ، لأن نفقة الأصل على الفرع .

فإذا كان الموجود من الحواشي فتجب النفقة على الوارثين منهم للمفقير العاجز عن الكسب بنسبة إرثهم ، ولا تجب على غير الوارثين منهم ، عملاً بقاعدة : « الغرم بالغنم » .

ويشترط لوجوب النفقة بين الحواشي : إتحاد الدين ، لأن مبنى وجوب النفقة بين الحواشي الإرث - وأن يكون المنفق موسراً ، ولا يكفي أن يكون قادراً على الكسب ، لأن مناط وجوب النفقة عليه أن يكون من فائض كسبه ونفقة عياله ما يكفي لسد حاجته - وأن يكون المنفق عليه عاجزاً عن الكسب فقيراً .

إن تفاوتت أولاد المطلوب فرض النفقة لها عليهم في اليسار يقتضى مراعاة هذا التفاوت بينهم فيما يحكم به من النفقة كل بنسبة يساره ، أما إذا كان التفاوت يسيراً فالنفقة عليهم على السوية (١) .

لا يصح فرض النفقة على القريب إلا إذا زاد ما يملك عن كفايته (٢) .

الإذن بالإستئانة قاصر على تاريخ الحكم به ، وأن نفقة الأصول المفروضة تسقط بمضى أشهر فأكثر إذا لم تكن مستدانة بأمر القاضي (٣) .

لا يجاب طلب النفقة من العم إذا كان للمطلوب لها النفقة أخ شقيق قادر

(١) بنى سوييف الشرعية - جلسة ١٩٣٥/١١/٣ - المحاماة الشرعية - السنة ١ - ص ٧٤ .

(٢) للنيا الشرعية - جلسة ١٩٣٥/١١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١ - ص ٧٤ .

(٣) بنى سوييف الابتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٣٨/١٠/٢٣ ، المرجع السابق ، السنة ١٠ - ص ٢١٩ .

على الكسب ويكسب بالفعل (١) .

لا يمنح إمتلاك الصغير حصة فى منزل تفيض عن سكنائه بما لا يكفى لنفقته وكسوته من فرض تكملة نفقته (٢) .

وصول الطالب إلى مرحلة من مراحل التعليم دون نهايته العليا لا يمنع من وجوب النفقة له متى كان مستمراً فى التعليم وناجحاً فيه ، وكانت حياة من تجب عليه النفقة تسمح بالإئناق ولو كان يمكنه المعيشة بالقدر الذى تعلمه (٣) .

إن ثمن الكتب المدرسية واجبة على من تجب عليه النفقة ، وخاصة إذا كان الطالب فى المرحلة النهائية من التعليم ، ويعمل بالفواتير المقدمة من المكتبة التى صرفت الكتب ، خاصة إذا إعتادت تلك المكتبة صرف الكتب للمدعى وكان موثقاً بها ، ولا يشترط فى طلب ثمن الكتب المدرسية أن يكون المدعى مأثوثاً بالإستدانة بثمنها فى حكم نفقة على المحكوم على ، وما كان يصح لمثل المدعى عليه وهو والد للمدعيين أن يسلك منهما هذا المسلك والمفروض فى مثله أن يكون شقيقاً عليهما رحيماً بهما ، وخاصة بعد أن بلغ كل منهما هذه المرحلة من التعليم والسن وهما فى حاجة شديدة إلى ما يصرفاه فى التقاضى ومخاصمته للحصول على قوتها وثمرت كتبهما ، وكان اللازم أن يكون والدهما مساعداً لهما معيناً بأمرهما مهتماً بشئونهما حتى يتم كل منهما دراسته ويستقبل الحياة العملية بعد

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢٨/٤/٣ - المرجع السابق - السنة ١٠ - ص ٩١٣ .

(٢) بنى سوياف الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢٩/١١/٩ - المرجع السابق - السنة ٢ - ص ٨٤٨ .

(٣) كرموز الشرعية - جلسة ١٩٢٢/١١/١٠ - المرجع السابق - السنة ٣ - ص ٤٦١ ، ذلك أنه يجب على الأب الإئناق على ولده للجد فى تعليمه ولا يجب على منغ النفقة عنه لحصوله على شهادة متوسطة - المصلحة الخاصة ومقدمة عليها (السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/١٠ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ - ص ٣٨٦ .

ذلك بنفس راضية وعزيمة صادقة وقلب مطمئن (١) .

طالب العلم الذى يدرس الهندسة البحرية يتعلم ما ينفعه وينفع أمته ، فتجب نفقته ومصاريف تعليمه على والده ، ويلحق بمصاريف المدرسة ما تقرره المدارس من ملابس خاصة أثناء العمل بالمدرسة ويعتبر ذلك كأداة من الأدوات المدرسية خلاف كسوته ، ومتى إندفعت حاجة طالب العلم إلى بعض الأقساط للمدرسية فلا يحكم له بتلك الأقساط التى تسددت (٢) .

إذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة لم وجد الأب وعصبة كإخوة وأعمام ، كانت النفقة على الجد للأب وحده ، لأن الجد يحجب الأخ وإبنة والعم ، لتتزيلة منزلة الأب والأب لو كان موجوداً حقيقة لا يشاركه فى نفقة أولاده فكلنا إن كان موجوداً حكماً (٣) .

إذا اجتمع الجد لأب مع الأم الموسرة بدون أخ فالنفقة عليهما أثلاثاً - أما إذا كان مع الجد أخ فإن النفقة تكون على الجد لتتزيلة منزلة الأب فى حجب الأخ .

والقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٢ الخاص بالميراث وإن كان قد حصل الجد فى منزلة الأخ ، إلا أن هذا إستثناء من العمل بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ولا يتوسع فى الاستثناء بل يقتصر فيه على موضع النص (٤) .

ويقول العلامة ابن عابدين فى (حاشية رد المحتار على الدر المختار) فى القسم السادس من نفقة الفروع والأصول ، أنه : « ولو وجد معها (أى مع أم الصغار) جد الأب ، فإن كان للفقير أم وجد لأب وأخ عصبي أو ابن أخ أو عم ،

(١) مصر الجنبية الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٧/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٤٥٥٦ - ص ٢٠٥ ، وقد تأيد إستثنائياً بجلسته ١٩٥٤/١٢/٥ .

(٢) السريس الشرعية - جلسة ١٩٣٨/٢/٢٧ - المحاماة الشرعية - السنة ١٧ - العدد ٨١٠٩ - ص ٢٩٢ .

(٣) للمنيا الإبتنائية الشرعية - جلسة ١٩٢٢/١٠/٦ - للرجع السابق - السنة ٩ - ص ٢٤٩ .

(٤) تلا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٩/٣٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤٥٥٦ - ص ٢٦٥ والمؤيد إستثنائياً .

كانت النفقة على الجد وحده ، كما يصرح به في (الحاشية) ، ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وإبنة والعم لتنزيله منزلة الأب ، وحديث تحقق تنزيله منزلة الأب ، صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة ، وإن كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب النفقة فتجب على الجد فقط ، - لما كان ذلك ، وكان المطلوب هو نفقة الكفاية ، وأنه لا مانع من إجابة طلب الإذن بالإستدانة بالنسبة للنفقة لأنها نفقة أقارب تسقط بمضى شهر فأكثر . أما استحسان (الزيلعي) إلحاق نفقة الصغير بنفقة الزوجة المفروضة في عدم السقوط بمضى المدة ، فخاص بما إذا كان الفرض على الأب ذاته ، إذ الاستحسان الفقهي إستثناء من أصل المذهب فلا يتوسع فيه ، وأصل المذهب سقوط النفقة بمضى شهر فأكثر ، إلا للمفروضة للزوجة أو المأذون بإستدانتها (١) .

الحكم في دعوى نفقات الأقارب يكون ابتدائياً قابلاً للاستئناف دائماً مهما قل مقدار المحكوم به منها .

إن نفقة الصغير على غير الأب من نفقات الأقارب ، فيكون الحكم بها قابلاً للاستئناف مهما كان المقدار المحكوم به أو المطلوب الحكم به (٢) .

إن فرض نفقة الأقارب صلحاً مع يسار المفروض له النفقة يعتبر من قبيل إلزام مالا يلزم ، وللملتزم حق الرجوع عنه متى شاء ولا يعتبر ذلك طعنًا في الحكم من غير طريقه إذا رفع الملتزم دعواه بالمنع من المطالبة بالمفروض صلحاً (٣) .

إن النفقة المحكوم بها لقريب على قريبه نفقة كفاية تتجدد بحاجة

(١) طهطا الشرعية - جلسة ١٠/٣٠/١٩٥٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ١٧٢ و٢٠٧ - ص ١١٧ .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٢٧/٧/١٩٤٢ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٥٤ .

(٣) العليا الشرعية - جلسة ٢٦/٢/١٩٥٢ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٢ - العدد ٢١ - ص ٥٧ ، وفتى الشرعية - جلسة ٢٦/٣/١٩٥٢ - للمحاماة الشرعية - السنة ٢٣ - العدد ١٧٢ و٢٠٧ - ص ١٤٠ .

الفقير المحكوم له دون نظر إلى مدى يسار المحكوم عليه (١) .

إن نفقة الأخ العاجز عن الكسب يجب على أخته شرعاً متى كانت موسرة ونفقة القريب على قريبه تكون بقدر الكفاية ونفقة الكفاية تختلف باختلاف الناس كما تختلف باختلاف البيئة والأسرة (٢) .

إذا كانت النفقة محكوماً بها على ثلاثة بالسوية بينهم فإن الإلتزام يكون قابلاً للانقسام بينهم ، فإذا غاب أحدهم فى جلسة فى الإستئناف حكم بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن بالنسبة له عملاً بالمادة ٣١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (٣) .

إن القريب للمحكوم لها بالنفقة إذا إستأنفت هذه النفقة ومضى عليها أكثر من الشهر الذى نص الفقه على عدم جواز المطالبة بنفقة الأقارب بعده فتكون هذه النفقة قد سقطت ولا يستجد لها نفقة جديدة إذا توفيت (٤) .

ونفقة القريب الفقير إنما يجب على قريبه لدفع الحاجة وسد الرمق لا ليعيش عيشة واسعة وغيدة ، فإن كان قريب أقرب يمكنه أن يسد حاجته الضرورية فلا يجوز له أن يتطلع إلى نعمة القريب البعيد بواسطة التقاضى والخصومة (٥) .

هذا ، بالحكم الصادر فى نفقة الأقارب يكون إبتدائياً أى قابلاً للاستئناف مهما بلغت قيمة الطلب أو المحكوم به ، وذلك لأن النص عليها جاء مطلقاً غير محدد بنصاب معين ، خلافاً لما كان النص عليه بالنسبة لنفقة الزوجة

(١) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٠/٥/٢٠ - القضية ٢٢٠٧ - سنة ١٩٥٦ أحوال شخصية نفس .

(٢) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٦/١٢/٢١ - القضية ٢٤ سنة ١٩٥٦ أحوال نفس .

(٣) دمنهور الابتدائية - جلسة ١٩٥٢/٤/١٥ - القضية رقم ٢١ سنة ١٩٥٧ - أحوال س نفس .

(٤) الإسكندرية الابتدائية - جلسة ١٩٥٧/١٢/١٢ - القضية ٥٣٤ سنة ١٩٥٦ أحوال نفس .

(٥) الجمرک الجزئية - جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ - القضية ١٢٥ سنة ١٩٥٨ أحوال نفس .
والأحكام سالفة الذكر منشورة فى كتاب : المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين - للأستاذ صالح حنفى - جزء ٢ .

ونفقة الصغير ، ومرد ذلك أن الدعاوى الخاصة بنفقات الأقارب تحتاج إلى دراسة شاملة للأحكام الشرعية في هذا الشأن وهي متشعبة ودقيقة ، والمصلحة العامة في أن لا يتفرد القاضى الجزئى بالحكم فيها إنتهائياً .

وتقدير الإبن لأبيه نفقة بعينها على نفسه تقدير لما يجب ، فلا يكون ملزماً شرعاً ، لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ، ويشترط فى نفقة الأصل على فرعه للموسر ، الإعسار ، فلا يستحق النفقة من كان غنياً بكسبه ، ولا يؤثر فى ذلك تقدير الفرع النفقة ، لأن دوام حكم غير اللازم كإبتدائية (١) .

وتثبتت حالة المدعى من حيث الحاجة والعجز وعدم الكسب ويسار المدعى عليه وما يفيض عن كسبه لنفقته وعياله وغير ذلك من العناصر بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود (البينة الشرعية) .

سابعاً - المهر والجهاز :

١٧٢- نصت المادة ٦ من اللائحة الشرعية على أن حكم المحكمة الجزئية الشرعية يكون إبتدائياً (قابل للاستئناف) فى المنازعات فى المواد الآتية :

« .. المهر والجهاز إذا زاد المستحق للطلب على ألفى قرش أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش » .

وقد سبق أن تناولنا - فى بحث إنتهائية حكم المحكمة الجزئية الشرعية- أحكام المهر والجهاز فى نطاق أصول المرافعات الشرعية ، وذلك تنفيذاً للمادة الخاصة من اللائحة الشرعية .

وفى تطبيق المادة ٦ من اللائحة الشرعية يكون الحكم الصادر من المحكمة الجزئية الشرعية فى المنازعات المتعلقة بالمهر أو الجهاز إبتدائياً (أى قابلاً للاستئناف) إذا زاد المستحق للمدعى على ٢٠ جنيهاً ، أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على ١٠٠ جتية .

(١) قويسنا الشرعية - جلسة ١١/١/١٩٥٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٨٧ - ص ٤٢٨ .

ثامناً - دعوى الإرث :

١٧٣- وتقضى المادة ٦ من اللائحة الشرعية بأن حكم المحكمة الجزئية الشرعية الصادر فى دعوى الإرث بجميع أسبابه فى التركات التى لا تزيد قيمتها على ١٠٠ جنيه يكون إبتدائياً أى قابلاً للاستئناف .

يكفى فى دعوى الوفاة والوراثة الإدعاء بالمال ولا يلزم التحقق من وجوده ، وهل تصرف فيه المتوفى قبل وفاته أم لا ، فمحل هذه الدعوى المدنية بالمال ، المتوقفة على دعوى الصفة بإثبات الوفاة والوراثة (١) .

دعوى الوراثة وإن كان ذكر المال شرطاً لتصحيحها شكلاً ، إلا أن للمدعى فيها الحق فى إثبات صفته وهى الوراثة ثم إثبات المال ولا تأثير لإقرار المدعى عليه بالمال أو إنكاره على تحقيق المدعى فى إثبات صفته (٢) .

إقامة أحد الورثة المدعى عليهم فى دائرة المحكمة المرفوعة إليها دعوى الوراثة يجعلها مختصة بالنظر فيها لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين (٣) .

إذا ثبتت بنوة المدعى لأب غير الذى يدعى وفاته وبنوته له بأوراق رسمية كان هذا كافياً لرفض دعواه الوفاة والوراثة (٤) .

سبق إقرار المتوفى كتالبة بنوة مدعى الإرث بسبب البنوة مانع من سماع دعوى إنكارها ، لأن النسب متى ثبت لا ينقض (٥) .

المنصوص عليه شرعاً أن الوالد يتبع خير الأبوين ديناً ولا يحتاج بعد البلوغ إلى تجديد إسلامه ، وعلى هذا فلا يرث من أسلمت أمه وهو صغير

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١١/٢٩/١٩٣٨ - المحاماة الشرعية - ١٠ - ص ٨٩٨ .

(٢) الدنيا الشرعية - جلسة ١٠/٦/١٩٣٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٧ - ص ٤٩١ .

(٣) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٧/١٠/١٩٣٢ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٥ - ص ٩٩ .

(٤) العليا الشرعية - جلسة ١٦/١٢/١٩٤١ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١٣ - ص ١٦ .

(٥) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٤/١/١٩٣٦ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٨ ، ص ١١٩ .

لم يبلغ من أخيه غير المسلم بحكم تبعيته لأمه المسلمة (١) .

لا تندفع دعوى النسب للإرث بولادة المدعى لأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج إذا ادعى ولادته من زواج سابق عليه تزويده المدة بينه وبين الولادة على ستة أشهر ولو لم يقدم مؤيداً للزوجية السابق ما دام لم يدع الإرث من طريق الزوجية ، كما لا تندفع أيضاً بعدم السماح لعدم تقديم مؤيد دعوى النسب إذ محل ذلك الإقرار بالنسب والمدعى به هنا النسب لا الإقرار به (٢) .

لا ينتصب الوارث - بوصف كونه وارثاً فقط - خصماً عن الغائب في دعوى وفاته لأنه لم يعد وارثاً بعد ، كما أنه لا بد فيها من تحديد عين من أعيان التركة فإذا خلت من ذلك لا يصح سماعها (٣) .

مادة تحقيق الوفاة والوراثة التي موضوعها طلب تحقيق وفاة الغائب (المفقود) ووراثة ورثته له تقبل لأن المطلوب من إختصاص المحكمة القضائية (٤) .

يكفي لصحة دعوى موت المفقود مجرى دعوى المال ، ولا ينظر في دعوى المال إلا بعد الحكم بالوفاة والوراثة - إن هذه الدعوى تضمنت دعوى مال صحيحة ، والنص الفقهي يقضى بأنه يكفي لصحتها مجرد دعوى المال وبعد الوفاة والوراثة ينظر في دعوى المال كما نص على ذلك في الجزء السادس من الفتاوى المهدية صفحة ٤٥ (٥) .

إن دعوى المدعية إشتعلت على دعوى الوفاة والوراثة وعلى دعوى

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٨/١١/٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١ ، ص ١١٩ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٣٧/٤/٥ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٩ ، ص ١٢٢ .

(٣) سراج الشرعية - جلسة ١٩٤٦/٦/٥ - المحاماة الشرعية ، السنة ١٩ ، ص ٣٣٩ .

(٤) شبراخيت الشرعية - جلسة ١٩٢٩/١١/٣٠ ، المحاماة الشرعية ، السنة ١ - ص ٤٣٢ .

(٥) شبين القناطر الشرعية ، جلسة ١٩٣١/١/٢٩ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٥٤٨ .

المال - وهي انصبتهم في هذا الصداق - ودعوى الوفاة والوراثه هي دعوى إثبات صفة والكلام فيها سابق على الكلام في دعوى المال ، فلا يتكلم في المال إلا بعد أن يثبت للمدعى صفته في الوراثة - ولذا يكفي لتصح دعوى الوفاة والوراثة ذكر المال في الدعوى ولم يتكلم فيه لا بإثبات ولا بنفى ، فتكون دعوى الوفاة والوراثة مسموعة (١)

يقضى الفقه بأنه يكفي لصحة دعوى الوفاة والوراثة الحكم بذلك مجرداً عن دعوى المال - ويعد الحكم بالوفاة والوراثة ينظر في دعوى المال كما نص على ذلك في الجزء السادس من الفتاوى المهنية صفحة ٤٤٥ (٢).

إن دعوى الوراثة هي دعوى إثبات صفة لا مال ، وإشتمالها على المال من مسوغات سماعها (٣) .

يكفي لتصح دعوى الوفاة والوراثة ذكر المال في الدعوى ولو لم يتكلم فيه لا بإثبات ولا بنفى (٤) .

إن قول المدعى في دعوى الوفاة والوراثة المشتعلة على جميع العناصر التي تتكون منها مواد الوفاة والوراثة أن المدعى عليه يرى أنه يستحق أقل من النصيب الذي يدعيه وينازعه في الفرق بين النصيبين بدعوى إستحقاقه إياه ، وكذلك إعتراف المدعى عليه بوقائع الدعوى عدا مقدار نصيب المدعى ، لا يحول الدعوى من كونها دعوى وراثه إلى نزاع مدنى ، لأنه مع هذا الاعتراف لا يزال النزاع حول الإرث وهو ليس نزاعاً مدنياً بل هو نزاع في مسألة من صميم الأحوال الشخصية ، فيكون الفصل فيه من إختصاص

(١) أسبوط الشرعية - جلسة ١٩٤٠/٣/٢٥ - للحاماة الشرعية ، السنة ١٢ - ص ٩٨ .

(٢) مصر الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٢/٣ - للحاماة الشرعية ، السنة ١٢ ، ص ٣٥ .

(٣) أسبوط الشرعية ، جلسة ١٩٤٤/٢/١٠ - للحاماة الشرعية ، السنة ١٦ - ص ١٦٩ .

(٤) أسبوط الشرعية ، جلسة ١٩٤٠/٣/٢٥ - للحاماة الشرعية - السنة ١٢ - ص ٩٨ .

المحاكم الشرعية طبقاً للمادتين ٢٤ و ٢٥ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ (١) .

إن دعوى الوفاة والوراثة لا تسمع إلا ضمن دعوى حق يتوقف ثبوته والحكم به على ثبوت الوراثة فهي في الواقع دعوى حق بسبب الإرث - وعلى ذلك فإن دفع هذه الدعوى بعدم السماع للتقادم بمضى المدة الطويلة إنما يتوجه على الحق المدعى به نفسه لا على سببه ، لأن سببه ليس مقصوداً لذاته .

ومن حيث أنه لا يسار في دعوى هذا الحق إلا بعد إثبات سببه وهو صفة الإرث ، فيلزم أن تثبت هذه الصفة يكون الدفع بعدم سماع الدعوى للتقادم سابقاً لأوانه لأنه لا يتجه إلا عند السير في دعوى المال وتثبت الملكية في المورث بسبب الإرث (٢) .

من أحكام الميراث :

١٧٤ - ١- لم يترك المشرع أمر توزيع التركة وفق مشيئة المتوفى الذي قد يكون أدرى الناس بمن هو أحق بتركته وأحوج لملكه وأقدر على الاحتفاظ بثمرة مجهوداته وذلك ، دفعاً للمؤثرات الوقتية، التي من شأنها إثارة النفرة وتفكك روابط الجماعة (٣) .

لذلك حدد الشارع أنصبة الورثة وفق أولويات وقواعد حددها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بإصدار قانون الميراث .

وبالميراث يدخل مال المورث أو حقه القابل للانتقال في ملك المورث من غير توقف على قبوله أى جبراً عليه .

٢- إن قاتل المورث عمداً لا يرثه ، ذلك لأنه إستعجل الميراث قبل أوانه فيعاقب عليه بحرمانه ، بخلاف القتل الخطأ ، أو بعذر (كقتل الزوج لزوجته

(١) العليا الشرعية ، جلسة ١٢/٤/١٩٧٣ ، للحاملة الشرعية ، السنة ٤ - ص ٩٥ .

(٢) العليا الشرعية ، جلسة ٢٦/٥/١٩٥١ ، للحاملة الشرعية ، السنة ٢٣ ، ص ٥٤ .

(٣) الشيخ منير الهلالي ، الورثة في الشريعة الإسلامية ، مجلة قضايا الحكومة ، السنة ٤ ، العدد ٤ ، ص ٢٤ .

الزانية) ، أو قتل وقع من غير المكلف (كالصبي والمجنون) لأن التكليف أساس المسؤولية (١) .

٣- أن المرتد عن الإسلام - فضلاً عن ثبوت حد قتله لا يرث من مسلم ولا من غير مسلم ، ولا من مرتد (٢) .

٤- عالج القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية حالة الأحفاد اليتامى الذين يموت أبائهم أو أمهاتهم في حياة الجد أو الجدة ، إذ أنهم لا يرثون بسبب حجبهم ، فيحرمون مما ينعم فيه غيرهم من الورثة ويقاسون من مرارة الفقر - فاستحدثت أحكام الوصية الواجبة (٣) .

٥- إن إختلاف الدين يعتبر مانعاً من موانع الإرث في الشريعة الإسلامية والمراد به أن المسلم وغير المسلم لا يتوارثان بأى سبب من أسباب الإرث مهما كانت درجة القرابة ، فليس للمسيحي أى حق في تركة إبنه الذى أسلم لإختلاف الدين ولا حق له في طلب منع تعرض الغير للتركة إذ ليس له أى شأن بها كوارث (٤) .

وحكم منع التوارث بين المسلم وغير المسلم هو نص صريح قطعى الدلالة على معناه متعين المراد من فهمه لا يحتمل تأويلاً ولا تفسيراً ، ولم يوجه الخطاب في القانون إلى المسلمين المصريين فحسب بل إلى المسلمين في جميع أنحاء الأرض ، لقوله تعالى « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » وعن ثم يجب إعمال حكم الإسلام في شأن للورث الأجنبي في كل مسألة

(١) الدكتور عبد العظيم شرف الدين ، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية ، طبعة ١٩٦٢ ، ص ١٦٨ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/١١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ مدنى - العدد ١ - ص ١٧٤ ، وأنظر في تفصيل : الأصول الشرعية في المرتد ، لاحقاً ، الفقرة ٢١٠ من هذا الكتاب .

(٣) الوصية الواجبة ، للأستاذ حمدى محمود عزام الحامى - المحاماة - السنة ٣٧ - العدد ٨ - ص ٤٦ .

(٤) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٢/١١/٦ - الجول الشرعى للمجموعة الرسمية - مدنى رقم ٩٧ - ص ٣٦٤ .

يصطدم أعمال قانون جنسيته مع قاعدة كلية من قواعد الشريعة الإسلامية (١) .

قواعد وإجراءات وحجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) بإثبات الوفاة والوراثة والوصية الواجبة :

١٧٥- بينت المواد ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المعدلة بالقانونين ٧٢ لسنة ١٩٥٠ (٢) و٦٨ لسنة ١٩٦٤ (٣) ، قواعد وإجراءات تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، وهى أحكام لم يتناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

وحاصل تلك القواعد الإجرائية :

١- أن تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المنصوص عليها فى المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ يكون أمام قضاء المحاكم الجزئية ، طبقاً لأحكام الاختصاص المحلى للمنصوص عليه فى المادة ٢٥ من اللائحة الشرعية (م ٣٥٥ المعدلة) - مع ملاحظة أن المادة ٦ من اللائحة تقضى بإختصاص المحاكم الشرعية الجزئية ابتدائياً بدعوى الإرث بجميع أسبابه فى التركات التى لا تزيد قيمتها على عشرين ألف قرش .

٢- أن يقدم طالب التحقيق المشار إليه طلباً بذلك إلى المحكمة المختصة ، مشتملاً على بيان تاريخ الوفاة ، ومحل إقامة المتوفى وقتها وأسماء الورثة والموصى إليهم وصية واجبة إن وجدوا ، ومحل إقامتهم ، ومحل أموال التركة (م ٣٥٦م معدلة) .

٣- على الطالب المذكور أن يعلن الورثة والموصى لهم بوصية واجبة

(١) الدفع بالنظام العام فى موارث الأتراك فى مصر ، للدكتور صلاح الدين عبد الوهاب ، الحمامة - السنة ٣٧ - العدد ٩ - ص ١٢٠٥ .

(٢) نشر بالوقائع المصرية - فى ٥/٦/١٩٥٠ - العدد ٥٦ .

(٣) نشر بالجريدة الرسمية - فى ٢٢/٣/١٩٦٤ - العدد ٦٧ ، وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على إلغاء اللائتين ١٧ و٥٨ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

للحضور أمام المحكمة في الميعاد الذي يحدد لذلك (م ١/٣٥٩م معدلة) .

٤- يحقق القاضى الطلب بشهادة من يثق به ، وله أن يضيف إليها التحريات الإدارية حسبما يراه (م ٢/٣٥٩م معدلة) .

٥- وإذا أنكر أحد الورثة أو الموصى لهم وصية واجبة ، ورأى القاضى أن الإنكار جدى ، وجب على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق الشرعى (م ٢/٣٥٩م المعدلة) .

٦- وإذا كان بين الورثة والموصى لهم وصية واجبة قاصر أو محجور عليه أو غائب ، قام وليه أو وصيه أو قيمه أو وكيله ، مقامه (م ٣٦٠م معدلة) .

٧- يكون تحقيق الوفاة والورثة والوصية الواجبة ، حجة فى خصوص الوفاة والورثة والوصية الواجبة ، ما لم يصدر حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق (م ٣٦١م معدلة) .

من الأحكام المتقدمة يتضح أن الإعلام الشرعى (الإشهاد) بإثبات الوفاة والورثة يتولى القاضى الشرعى بالمحكمة الجزئية تحقيقه ، وإن حجيته تعتمد أصلاً على عدم إنكار أحد الورثة أو الموصى لهم بوصية واجبة له ، بحيث إذا أنكر عند نظر مآنته ، وكان الإنكار جدياً تعين رفض الطلب وتكليف الطالب برفع دعواه إلى المحكمة الابتدائية الشرعية .

أما إذا صدر الإعلام الشرعى (الإشهاد) ، فإن تحقيقه فى خصوص الوفاة والورثة والوصية الواجبة يكون حجة ما لم يصدر حكم شرعى من المحكمة المختصة على خلاف هذا التحقيق .

فما مدى حجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) إذن ؟

استقر قضاء النقض على أنه وفقاً للمادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يكون تحقيق الوفاة والورثة فى هذا الخصوص حجة ، ما لم يصدر حكم على خلاف هذا التحقيق ، وإنكار الورثة الذى يستدعى إستصدار مثل هذا الحكم ، يجب - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الورثة - وبیت المال (وزارة الخزانة) لا يعتبر وارثاً بهذا المعنى ، وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك ، وهو ما تؤكده المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧

لسنة ١٩٤٣ فى قولها : « فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء ألت التركة أو ما بقى منها للخزنة العامة (١) » .

إختصاص المحكمة الإبتدائية الشرعية بنظر دعوى إبطال الإعلام الشرعى (الإشهاد) وتحقيق الوفاة والوراثه والوصية الواجبة :

تقرر المادة ١/٨ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ قاعدة أساسية فى تحديد ما تختص المحكمة الإبتدائية الشرعية بنظره من المواد الشرعية ، إذ تجعل إختصاصها الإبتدائى بالحكم فى المنازعات التى ليست من إختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين ٦٠٥ من اللائحة الشرعية .

وتحدد المادة ٢٥ من اللائحة الشرعية الاختصاص المحلى بالنظر فى دعاوى مواد إثبات الوراثة والإيصاء والوصية ، فعقدت الإختصاص بها للمحكمة الكائن فى دائرتها إعيان التركة العقارية كلها أو بعضها الأكبر قيمة ، أو للمحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه .

وتلك المواد لم يتناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء .

وأن المستفاد من أحكام المادتين ٣٥٩ ، ٣٦١ من اللائحة الشرعية المعدلتين ، أن الإعلام الشرعى (الإشهاد) الصادر بتحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة يمكن إنكاره وإثبات عكسه عن طريق الإلتجاء إلى المحكمة القضائية المختصة وإستصدار حكم يناقضه ، وذلك برفع دعوى مبتدأة بطلب الحكم بطلانه أو عن طريق الدفع بالإنكار فى دعوى منظورة يحتاج أو يحتج فيها به - وفى ذلك تنهب محكمة النقض إلى أن حجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) - وعلى ما جرى به قضاؤها - تدفع وفقاً لنص المادة

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٥/١١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - العدد ٣ - مدنى وأحوال - ص ١٠٨٢ وما بعدها ، وأنظر التعليق عليه ، للأستاذ عبد النعم إسحق خليل محمد ، المنشور بمجلة قضايا الحكومة - السنة ١٧ - العدد ٢ - إبريل ويونيو ١٩٧٣ - ص ٥١٧ وما بعدها ، والمراجع الفقهية التى أشار إليها فى هوامشها .

٣٦١ من اللائحة الشرعية بحكم من المحكمة المختصة ، يصدر إما فى دعوى مبتدأة أو فى دفع للدعوى التى يراد الإحتجاج فيها بالإعلام الشرعى . وإن كانت الهيئة التى فصلت فى هذا الدفع مختصة أصلاً بالحكم فيه ، فإن قضاءها هو الذى يعول عليه ، ولو خالف ما ورد بالإعلام الشرعى (الإشهاد) ، ولا يعد قضاؤها إهداراً لحجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) ، لأن الشارع أجاز هذا للقضاء ، وحد به من حجية الإعلام الشرعى (الإشهاد) الذى يصدر بناء على إجراء تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها حيث تقوم به السلطة القضائية المختصة (١) .

ويثور التساؤل عما إذا كان يجوز الالتجاء إلى المحكمة الابتدائية الشرعية بطلب الحكم بإبطال الإعلام الشرعى ، إعتباراً بأن القاضى الجزئى يصدره ليس بصفته القضائية ولكن بصفته الولائية ، وبأن حجيته قاصرة على حالة إنكاره وعدم صدور حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق .

تقضى أصول المرافعات بأن للمحاكم وظيفتين أو عمليتين : الأولى - وظيفة قضائية ، هى الفصل فى الخصومات فصلاً قضائياً حاسماً لنزاع بين متخاصمين وهذا عمل للمحاكم العادى وهو الأصل والأساس ، والثانية - وظيفة ولائية ، أى ما يباشره بما له من الولاية العامة وحلوله فيه محل صاحبه الأسمى ، وهو أقرب إلى العمل الإدارى منه إلى العمل القضائى .

والفرق الأسلى بين العمليتين (الوظيفتين) أن الأول لا يكون إلا فى منازعة على حق ، والثانى لا يكون فى منازعة ولا خصومة .

أما فى أصول الفقه الشرعى فقد نص الفقهاء على أن للقاضى أعمالاً لا يباشرها بصفته القضائية ، بل بصفته ولى من لا ولى له وقيامه فيها مقام

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٧ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٩ - العدد - مدنى وأحوال - ص ٢١٤ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٦٧/١١/١٥ - المرجع السابق - المند ٤ - ص ١٦٨٨ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - العدد ٣ - ص ١٤٨٠ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٧٤/١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - ص ١٥٠ .

صاحب الحق الأول فيها لا يكون حكماً منه بها ولا يسمى قضاء إلا تجوزاً^(١) ، وإن ما يباشره القاضى من التصرفات مقيد بالمصلحة ، فما كان منها محققاً لها أمضى وأنفذ ، وما كان بعيداً عنها رد وأبطل^(٢) فهذه النصوص صريحة فى أن عمل القاضى فيما يباشره من التصرفات بصفته نائباً عن صاحب الولاية الأصلية فيها يأخذ حكم تصرف صاحب الولاية نفسه فيها ، من حيث الصحة والبطالان الدائر ذلك مع تحقيق للمصلحة أو وجود الضرر ، ونص الفقهاء أيضاً على أن للقاضى بصفته القضائية أن ينظر فى فعل قاض غيره صادر منه بصفته الولاية وحل فيه محل صاحب الولاية الأصلية ، فإن وجده خيراً أنفذه وإلا رد وأبطله ، لأن ولايته القضائية إنما تكون فى حق ما بين الناس بعضهم مع بعض ، أما فى شأن ما بينه وبين الناس ، فهو ليس قاضياً بل مباشر التصرف هو فيه كفرد عادى كغيره من الأفراد يأخذ عمله حكم عمل غيره من حيث الصحة والبطالان^(٣) ، وتقضى المادة ٨ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية جعلت نظر المواد الشرعية الخارجة عن إختصاص المحاكم الجزئية من إختصاص المحاكم الابتدائية ، فالمحكمة الابتدائية القضائية باختصاصها الذى جعله لها ولى الأمر هى المختصة بنظر دعوى الوراثة ودعوى إبطال الإعلام الشرعى بإثبات الوفاة والوراثة والوصية الواجبة فى حالة إنكاره^(٤) .

١٧٦ - أما قضاء النقض فلقد إستقر على أن مؤدى نص المادة ٣٦١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بثلاثة ترتيبات المحاكم الشرعية أن المشرع أراد أن يضيف على إشهاد الوفاة والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافه ، ومن ثم أجاز لنوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على

(١) جامع الفصولين - جزء ١ - ص ١٥ ، ومعين الحكام ص ٢٧ .

(٢) جامع الفصولين - جزء ٢ - أول الباب ٢٧ .

(٣) جامع الفصولين - جزء ٢ - ص ١٥ .

(٤) قانون : العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٩/٢٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ١٥٠٦ - ص ١٥٠ وما بعدها ، فى بحثها القيم فى إختصاص المحكمة الابتدائية الشرعية بنظر دعوى إبطال إشهاد صادر من هيئة المصروفات .

الإشهاد أن يطلبوا بطلانه ، سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدئة أو في صورة دفع (١) ، ذلك أن التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام ، هو ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه للمعتبرة شرعاً ، كإعتبار شخص وارث وهو في الحقيقة غير وارث وبالعكس (٢) ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في الشركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية (٣) فأحكام الميراث وتعيين نصيب كل وارث في الشركة من النظام العام ، وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً (٤) .

من المبادئ المتقدمة تكون المحكمة الابتدائية الشرعية (الأحوال الشخصية) هي المختصة بنظر دعوى إثبات الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، وبدعوى إبطال إشهاد الوفاة والوراثة والوصية الواجبة الصادر من المحكمة الجزئية الشرعية بصفتها الولائية في حالة الإنكار الجدى لها من أحد ذوي الشأن (٥) .

مناطق النظام العام في ميراث المسلمين وغير المسلمين والأجانب :

١٧٧- جرى قضاء محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية هي القانون العام الواجب التطبيق في مسائل موارث المصريين غير المسلمين ، ومنها الوصايا ، والتي كانت تختص بنظرها المحاكم الشرعية ذات الولاية

-
- (١) نقض - جلسة ١٩٦٤/٢/١١ - مجموعة للكتب الفني - السنة ١٥ - العدد ١ - ص ٣٤٠ ، ونقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٩ - للرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٦١٩ ، ونقض - جلسة ١٩٥٨/٦/١٩ - للرجع السابق - السنة ٩ - ص ٦٠٣ .
- (٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/٩ - للرجع السابق - العدد ٢ - ص ٥٢٥ .
- (٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٧ - للرجع السابق - السنة ٢٣ - العدد ١ - ص ٢٩٨ .
- (٤) نقض - جلسة ١٩٦٤/١/٤ - للرجع السابق - السنة ١٥ - العدد ١ - ص ٤٣ .
- (٥) ديماط الابتدائية - النشرة الأولى الشرعية - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢ - القضية ٩ - سنة ١٩٧١ أحوال نفس كلي - وجلسة ١٩٧٥/٣/٢٩ - القضية ٤٤ - سنة ١٩٧٣ أحوال نفس كلي ، وجلسة ١٩٧٥/٢/٢٣ - القضية ٧٩ - سنة ١٩٧٤ أحوال نفس كلي .

العامه ، ما لم يتفق الورثة - فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الإرث والوصية - على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى (١) ، وبعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فإنه بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية حالية منظمة وقت صدور القانون المذكور ، فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم ، لم يغير من هذه القواعد (٢) .

وأما بالنسبة لميراث الأجنبي فإنه وفقاً للعادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز تطبيق قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر ، وإذا كان تطبيق القانون الفرنسى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث ، بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصابات ، وكانت أحكام الموارث الأساسية التى تستند إلى نصوص فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر ، إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى إستقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الإعتداد بها وتقليب قانون أجنبى عليها بما لا يسهل القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين (٣) .

تاسعاً : دعوى النسب فى غير الوقف :

١٧٨ - نصت المادة ٨ من قانون التوحيد رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (١) على إنتزاع دعوى النسب فى غير الوقف من إختصاص المحكمة الجزئية

(١) نقض جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٩ - مدنى وأحوال- العدد ١ - ص ٤٢٥ وما بعدها .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦٧/٢/٨ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، العدد ٢ ، ص ٥٨٩ .

(٣) نقض ، جلسة ١٩٦٤/٢/١٧ ، المرجع السابق ، السنة ١٥ ، العدد ٢ ، ص ٧٢٧ .

(٤) وهو المعروف أيضاً بقانون إلغاء المحاكم الشرعية والمالية .

وجعلها من إختصاص المحكمة الابتدائية لتحكم فيها إبتدائياً بحكم قابل للاستئناف أمام محكمة الاستئناف (العليا) ، وذلك لما قدره الشارع من بعد اثرها في الميراث بما يكون معه عقد إختصاص المحكمة الابتدائية بها إختصاصاً إبتدائياً وضعاً مناسباً لأهميتها .

وسوف نعود إلى بحث تلك الدعوى في مكانها الطبيعي عند تناول إختصاص المحكمة الابتدائية الشرعية .

عاشراً - الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية :

نصت المادة ٦ من اللائحة الشرعية أن حكم المحكمة الجزئية الشرعية يكون إبتدائياً (قابلاً للاستئناف) في المنازعات في المواد الآتية :

« ... الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق ... » .

وسوف نتناول أحكامها في نطاق القدر اللازم لأصول المرافعات الشرعية ، تاركين لكتب الأحوال الشخصية الموضوعية طلب المزيد من البحث فيها .

مقدمة :

١٧٩- يسبق البحث عن الزوجة المناسبة التفكير في الزواج ، ثم يتخذ ذلك شكلاً إيجابياً بإجراء البحث عن الزوجة ، وفي البيئات المحافظة يتم ذلك عن طريق بعض سيدات الأسرة بعد أن يكون طالب الزواج قد شاهد الفتاة عرضاً مع أسرته في المدن أو في سوق القرية مثلاً ، ويتخذ هذا الإجراء في المجتمعات المتمدينة شكلاً آخر ، حيث يكون الإتصال لمعرفة الفتاة برؤيتها في المحلات العامة أو محل العمل أو الدراسة ، وقد يكون البحث من غير سابق معرفة عن طريق (الخطابة) ، وقد تتولى ذلك مكاتب خاصة أو مجلات - فإذا ما وجد الرجل ضالته المنشوبة بدأت المرحلة الثانية وهي الإتصال بأهل الفتاة أو المرأة أو التي يريد الزواج بها (١) .

(١) راجع مقالنا : التعويض عن فسخ الخطبة - المحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٩ - ص ٦٨ وما بعدها .

٢- وإعتاد بعض الناس قراءة الفاتحة ، التي تحصل عادة بين طالب الزواج وبين والى الفتاة أو وكيلها فى حفل صغير يضم نفرًا قليلًا جدًا من أهل الطرفين لمجرد التدليل على الرضا بالزواج والوعد به من الطرفين (١) . وهاتان المرحلتان لا ترتبان لأى من الطرفين قبل الآخر حقوقًا ، فيجوز لكل منهما أن ينقض ما تم الإتفاق عليه (٢) .

ثم تبدأ المرحلة الثالثة أو الهامة إلى حد ما وهى : الخطبة .

أحكام الخطبة وأثارها :

١٨٠- الخطبة - شرعًا - هى طلب المرأة للزواج بها (٣) ، وقيل هى ما يفعله الطالب من إستعلاط بالقول والفعل (٤) ، أو هى النكر الذى يستدعى به إلى عقد النكاح (٥) ، والخطبة وسيلة إلى عقد الزواج ومقبعة تضيقه . وقد شرعت حتى يقتضى للمخطوبين أن يتعرف كل منهما أحوال الآخر وطباعه لتدوم العشرة بينهما بالزواج (٦) وحتى لا يكون الزواج على عصى (٧) .

(١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، للأستاذ المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ، طبعة ١٩٢٥ ، ص ٨ .

(٢) وتنص المادة ١/٤ من كتاب الأحكام الشرعية ، فى الأحوال الشخصية لـ محمد قدرى (باشا) على أن : الوعد بالنكاح فى المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعى بإيجاب وقبول لا يكون منهما نكاحًا

(٣) مدى استعمال حقوق الزوجية ، رسالة دكتوراه ، لأستاذنا العميد الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، طبعة ١٩٣٥ - ص ٩٠ ، والزواج فى الشرع الإسلامى والقوانين اللبنانية ، للأستاذ أنور الخطيب ، دار العلم للملايين بيروت ، طبعة ١٩٦٠ ، ص ١٩ . وحقوق المرأة فى الشريعة الإسلامية والقانون ، للأستاذ حسنى نصار ، طبعة ١٩٥٨ ، ص ٢٢٥ .

(٤) نيل المرام فى تفسير آيات الأحكام ، للشيخ محمد مندوق حسن خان ، طبعة ١٣٤٧ هـ ، ص ٧٧ .

(٥) أحكام القرآن ، للإمام أبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص ، ص ٤٢٢ .

(٦) الأحوال الشخصية - للشيخ عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق - ص ٦ .

(٧) محاضرات فى عقد الزواج وآثاره ، لمعهد الدراسات العربية لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، طبعة ١٩٥٨ ، ص ٤٩ ، والطبيعة القانونية للخطبة ، وأساس التعريض فى حالة العدول عنها ، للدكتور توفيق حسن قرع ، طبعة ١٩٦٢ ، ص ١٠ .

وتكون الخطبة تصريحاً بلفظ يفيد ذلك كأن يقول الرجل : أريد أن أتزوج منك ، وتكون تعريضاً بالفاظ تحتل الخطبة وغيرها ولكن القرائن ترجح الخطبة ، كأن يقول الرجل : أريد أن أتزوج ، إنك لجميلة إنك لصالحة. إن الله لسائق إليك خيراً .

وليس ما يمنع شرعاً أن يهدى الخاطب إلى مخطوبته ، وأن يمتدح نفسه إليها (١) .

ويدل لفظ الخطبة (بكسر الخاء) - في نظر الفقهاء - على معنيين : (الأول) إظهار الرغبة من جانب الطرفين في التزوج من الآخر ، (والثاني) توافق الطرفين على ذلك (٢) .

رؤية المخطوبة والإختلاء بها :

١٨١- ومن مقتضى الخطبة رؤية الخاطب لمخطوبته ، ورؤيتها له وتحتل له رؤيتها من وقت قيام الرغبة لديه في الزواج منها ، بحيث إذا لم تتل منه قبولاً أعرض عنها بغير إيلامها . ولا تتوقف الرؤية على رضاها .

ومرد ذلك إلى ما روى من أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة فقال له رسول الله ﷺ : « انظرت إليها ؟ » قال : لا فقال الرسول عليه الصلاة والسلام : « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » (٣) .

وقد روى عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « إنا خطب أحدكم المرأة ، فإن إستطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » . قال جابر :

(١) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، للدكتور عبد العظيم شرف الدين، طبعة ١- ١٩٦٤ - (الزواج) ، ص ٢٢ وما بعدها .

(٢) مدى إستعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - رسالة الدكتوراه - المرجع السابق - ص ٩١ وما بعدها - والمراجع العديدة التي أشير إليها في الهامش - وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور محمد يوسف مرسى - رقم ٦٣ - ص ٥٤ - والأحوال الشخصية - لأستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسي - طبعة ١- ١٩٦٥ - ص ٤ وما بعدها .

(٣) أي أن يدرم الرفاق والمودة اللذان يكون الزواج بينهما صحيحاً لا يطلق - عمدة القارئ - جزء ٢٠ - ص ١١٩ .

فخطبت امرأة ، فكنّت اتخباً لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى نكاحها
فتزوجتها - رواه أبو داود (١) .

وإذا لم يتيسر للرجل رؤية من يريد خطبتها أمكنه التحقق من ذلك
بتكليف إحدى النساء - موضع ثقته - لتتنظر إليها وتخبره بما رأت . فقد
روى أنس رضى الله عنه أن الرسول ﷺ بعث لم سليم إلى امرأة فقال :
« انظري إلى عرقوبها ، وشمى معاطفها - أو عوارضها » .

٥- واختلف الفقهاء فيما يباح رؤيته من بدن المرأة (٢) . فمن قائل
بالنظر إلى الوجه والكفين والقدمين وتكرار ذلك إذا لزم الأمر ، إذ الوجه
عنوان الجمال والكفان والقدمان ينمان عن الجسم وخصوصية البدن ، ومن
قائل (الأوزاعي) ينظر إلى مواضع اللحم منها الذراعين والساقين ، ومن
قائل (داود) ينظر إلى جميع بدنها (٣) .

٦- غير أن الخطبة ، وإباحة رؤية المراد خطبتها لا تحل للرجل أن
يختلئ بها خلوة لا تمتد عقابها ، فقد قال ﷺ : « لا يخلون رجل بإمرأة
إلا كان ثالثهما الشيطان » . وقال صلوات الله وسلامه عليه : « أن يطعن في
رأس أحدكم بمخيط من حديد خير له أن يمس امرأة لا تحل له » .

ولكن يباح له الجلوس معها في وجود محرم من محارمها لقوله عليه
الصلاة والسلام : « لا يخلون أحدكم بإمرأة إلا مع نبي محرم » .
وقد حرمت الخلوة المطلقة بين المخطوبين لسببين :

الأول - أنها فترة يعمل كل منهما فيها على أن يستحوذ على رضا
الأخر ، ويبالغ في التكلف والتجمل ، ولا يظهر على حقيقة أمره ، ومن

(١) أحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين المرجع السابق -
ص ٢٨ .

(٢) الأحوال الشخصية - للشيخ عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق - ص ٦ ،
وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - المرجع السابق -
ص ٣٠ .

(٣) نقض المادة ٣ من الأحكام - لقدري باشا على أنه : « يجوز للخاطب أن يبصر
المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها » .

ثم فلا يتحقق الغرض المقصود منها .

والثانى - أن الخلوة لا تصمد عقباها ، وقد يغير الخاطب رأيه ، فتتناهى المخطوبة بتركها لها ، وتتناهبها الأزمات النفسية (١) .

ومن أجل هذا اتخذ الإسلام موقفاً وسطاً ، تحقيقاً لمصالح الناس ، فلا هو منع الرؤية كلية ، ولا هو أباح الخلوة بالمخطوبة ، فما أعبدل طريقة الإسلام (٢) .

من حل خطبتها ومن لا حل :

١٨٢- قال المرحوم محمد قدرى (باشا) فى المادة الأولى من كتابه «الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية على مذهب أبى حنيفة النعمان» (٣) ما نصه :

« تجوز خطبة المرأة الخالية من نكاح وعدة » .

وبناء على هذا النص يمكن إستخلاص أنه يشترط فيمن حل خطبتها من النساء شرطان :

الأول - أن لا يحول بينه وبين الزواج منها فى الحال مانع .

والثانى - أن لا تكون مخطوبة للغير .

المقرر شرعاً أن تحريم خطبة مخطوبة الغير لا يترتب عليه تحريم الزواج منها فمن يخطب مخطوبة غيره ، أو مطلقة آخر وهى فى العدة ، ثم يتزوجها ، فإن هذا الزواج يقع صحيحاً نافذاً إذا ما إستوفى أركانه وشروطه الشرعية ، ويترتب عليه كل آثاره القانونية ، فالتحريم المشار إليه فى حديث

(١) وخلاصة ما إستقر عليه رأى الفقهاء فى هذا الشأن هو إنه لا يجوز الغلو فى حجب المخطوبة عن الخاطب تجنباً لزواج ينتهى بالفشل ، كما أنه لا يجوز الغلو فى إباحة الخلوة منعاً لسوء المظنة .

(٢) عيون المسائل الشرعية - للشيخ على حسب الله ص ١٢ ، والزواج فى الشرع الإسلامى والقوانين الليبانية - للأستاذ أنور الخطيب - المرجع السابق - ص ٢٢ .

(٣) الطبعة ٦ - مطبعة هندية - ص ٤ .

الرسول عليه الصلاة والسلام : ... ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يذر ، لا يتأثر به عقد الزواج ، ومن يفعل ذلك يأثم عند الله ويستحق عقابه سبحانه وتعالى .

أولاً - فالمحرمة مؤبداً كالعمة والأخت وابنة الأخ مثلاً لا يحل الزواج بهن ، ولما كانت الخطبة من مقدمات عقد الزواج ووسيلة إليه كان الاشتغال بالوسيلة عبث يصابن العاقل عنه (١) .

والمحرمة مؤقتاً كأخت زوجته ، وزوجة الغير ، ومعتدة الغير ، فلا تحل خطبتها ، ويستوى في الحكم أن تكون معتدة وفاة أو طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى أو كبرى ، ولأن في خطبة أيهن إعتداء على الغير قد يؤدي إلى خصومات وكيد ولكن يباح خطبة المعتدة من وفاة تعريضاً (تلميحاً) لا تصريحاً لقوله تعالى جل شأنه في الآية ٢٢٥ من سورة البقرة: « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ، أو كنتم في أنفسكم ، علم الله أنكم ستذكروهن ولكن لا تواعوهن سراً إلا أن تقولوا معروفاً ، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله أعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه وأعلموا أن الله غفور رحيم » والآية السابقة عليها ٢٢٤ تقول : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ، فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير » .

وتقول المادة ٢ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا :

« تحرم خطبة المعتدة تصريحاً سواء كانت معتدة لطلاق رجعى أو بائن أو وفاة ، ويصح إظهار الرغبة تعريضاً للمعتدة الوفاة بون غيرها من المعتدات ولا يجوز العقد على واحدة منهن قبل إنقضاء عهدها » .
ويجوز للملكية والشافعية والحنابلة خطبة المعتدة لطلاق بائن تعريضاً

(١) شرح الأحكام الشرعية - للمرحوم الشيخ محمد زيد الإبياني - طبعة ١ - ١٩٠٣
- جزء ١ - ص ٥ .

قياسيًا على المعتدة من وفاة (١) ، ويخالفهم الحنفية في ذلك ، ويؤيد البعض (٢) رأى الحنفية لإحتمال عودة المطلق إلى زوجته بعد ندمه على طلاقها .

ثانيًا - ولا يسوغ لإنسان أن يتقدم لخطبة امرأة يعلم أن غيره قد سبقه إلى خطبتها ، لما في ذلك من إعتداء على حق قد يثير العداوة والبغضاء بين الناس ، ومن أجل ذلك نهى الرسول ﷺ أن يخطب الرجل على عقبه بن عامر أن الرسول ﷺ قال : « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى ينذر » وروى أحمد والبخاري والنسائي أن الرسول ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب » وروى البخاري والنسائي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » .

والنهي لنيل التحريم .

وقد أجمع الفقهاء على ترميم الخطبة الثانية إذا قبل طلب الخاطب الأول من المخطوبة أو من وليها ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا كانت الخطبة الأولى ما زالت بعد في دور المشاورة .

فذهب الحنفية والمالكية إلى أنها حرام ، لأن عدم الرد على رغبة الخاطب الأول (السكوت) لا يفيد عدم الرضا .

وذهب الشافعية والحنابلة - إلى جوازها . واستدلوا على ما روى عن فاطمة (إحدى المهاجرات) أنه تقدم لخطبتها ثلاثة من الصحابة ، وهم معاوية بن أبي سفيان ، أبو جهم بن حذافة ، وأسامة بن زيد ، فذهبت إلى

(١) ويذهب استاذنا الشيخ زكريا البرديسي إلى أن الراجح القول بجواز التعمييض بخطبة المعتدة من الطلاق البائن عملاً بالعموم الموجود في قوله تعالى: « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » إذ لا معقول في مقابلة النص ، وفق ذلك أن ما ذكره للمؤمنين من الفرق لا يستقيم - في نظرة (الأحوال الشخصية - طبعة ١ - ١٩٦٥ - المرجع السابق - ص ١٢) .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - المرجع السابق - ص ٢٨ وما بعدها .

رسول الله ﷺ ، وذكرت له ذلك ، فقال رسول الله ﷺ : « أما معاوية
فرجل ترب لا مال له وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ولكن أسامة ..
فقاتل بيدها هكذا : (أسامة ، أسامة) فقال عليه السلام : « طاعة الله وطاعة
رسوله » ، فرضيت بأسامة وتزوجته ، فجعل الله فيه خيراً ، وأقبلت
به^(١) .

ويؤيد البعض ما ذهب إليه المالكية^(٢) .

الخطبة عند العرب في الجاهلية :

١٨٣ - كان من عادات العرب في الجاهلية أنهم كانوا يخطبون البنت
إلى أبيها وأخيها أو عمها ، فيدخل الخاطب ويقول : عموا صباحاً^(٣) نحن
اكفاؤكم ، ونظراؤكم ، فإن زوجتمونا رجعتا حامدين وإن رددتمونا لعل
نعلمها أبنا عاذرين - فإن رآه الأب كفتاً عرض أمر الزواج على بنته قبل
العقد ، وبعد قبولها يمد يده إلى الخاطب أو إلى أبيه ، أو لمن يكون وكيلاً في
الطلب ، ويجيب طلبه بعد أن يتفقا على مهر معلوم يحضرة شهود عدول ،
ثم يتواعدان على يوم معين للزفاف ، فإذا كان يوم الزفاف أولوا الولائم
إحتفالاً بزفاف العروسين ، ثم تضرب له فيه فيدخل عليها بها . وينشر
على الحاضرين النثار ، ونثار العرب في أعراسهم من التمر .

وبعد تمام العقد يدخل الرجل على ابنته ويؤذيها بنصائحه التي
تحببها إلى زوجها وعشيرته ، كأن يقول لها : عليك بحسن المعاشرة
والتحبب إلى أعمامك ، وإياك والكذب في القول ثم تدخل الأم وتؤذيها أيضاً
بنصائحتها ، ومن النصائح الذهبية قول امرأة لابنتها ليلة زفافها : إنك
خرجت من العش الذي منه درجت إلى زوج لم تعرفيه وقرين لم تألفيه ،
فكوني له أمة يكن لك عبداً ، وكوني له مهانداً يكن لك عماداً ، وكوني له

(١) نيل الأوطار - للإمام محمد الشوكاني - طبعة ٢ - المطبعة المنيرية - ١٣٤٤ هـ
جزء ٦ - ص ٢٩ ، وأحكام الأحوال الشخصية - الزواج - للدكتور عبد العظيم

شرف الدين المرجع السابق - ص ٤٠ وما بعدها .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية - الزواج - للدكتور عبد العظيم شرف الدين ص ٤٢ .

(٣) تاريخ التشريع الإسلامي - للشيخ أحمد أبو الفتح - ص ٨ .

أرضاً يكن لك سماء ، واحفظى بصره وأنفه وسمعه ، فلا يرى منك إلا طيباً ،
ولا يشم إلا حسناً ولا ينظر إلا جمالاً .

وكان من محاسن الزوجة فى الجاهلية أن تكون حيية ، منخفضة
الصوت ، محبة لزوجها متحبة إليه نفوراً من الريبة ، تجتنب الأثذار ،
عاملة اليدين ، خفيفتهما فى العمل ، ولوداً (١) .

فهل ترى فارقاً كبيراً بين ما كانوا عليه ، وما يجب أن يصير إليه الحال
الآن ؟

آثار فسخ الخطبة :

١٨٤ - الخطبة من مقدمات الزواج وتهدى له ، ولا تزيد على أن تكون
وعداً بعيداً ، والوعد بالعقد ليس له قوة الإلزام بين طرفيه وعلى الأخص
فى مسألة الزواج ومباشرة الكاهن لعقد الخطبة وتوليته لها عند المسيحيين
لا يغير من هذه الحقيقة ولا يرتفع به إلى مستوى عقد الزواج من حيث
الإلزام . وما دام عقد الخطبة يختلف فى آثاره عن عقد الزواج ، ولا ينشئ
إلتزامات متبادلة بينهما من وجوب النفقة على الزوج والطاعة على الزوجة
فإنها لا تتره ولا يرثها ، لأن كليهما أجنبى عن الآخر من كل وجه .

١٨٤ مكرر - قلنا أن الخطبة مقدمة لعقد الزواج ووسيلة إليه ، يجيز
البعض الزواج بدونها ويعتبرها البعض الآخر من الأمور المستحبة ضماناً
لاستمرار الزواج والعشرة .

ولا تعتبر الخطبة فى الشريعة الإسلامية عقداً أو اتفاقاً ملزماً ولو
إقترنت بقراءة الفاتحة ، ومن ثم يجوز لكل من طرفيها العدول عنها بغير
قيود ولا إستلزام مبررات ، وينبئ على ذلك أنه لا يقضى بالتعويض ، لأن
الخطبة لا تعدو فى الواقع إلا أن تكون عقداً نفسياً وقلبياً ، ويكون للخاطب -
من ثم - أن يسترد ما قدم من مهر ، كما يكون لكل من الطرفين إسترداد

(١) الطبيعة القانونية للخطبة - للدكتور توفيق حسن فرج - للرجع السابق - ص ٦٧
وما بعدها .

هداياه لاتعدام الخطأ المفترض ، أو المسئولية العقدية (١) .

وسواء اكانت تعهداً بين الطرفين على إجراء زواج مستقبل ، حيث لا يوجد فى الشريعة الإسلامية ما يفيد أن للتعهدات محصورة العدد ، محددة الصورة ، كما يرى البعض (٢) ، أو أنها ليست عقداً كما يرى البعض الآخر (٣) ولطرفيها العدول عنها على خلاف ما تقتضى به المروءة من الوفاء بالعهد - إلا أن من المسلم به أن للعدول عن الخطبة آثاراً ، ولفسخها أحكام تستعرضها فيما يلى :

حكم المهر ، والهدايا ، فى فسخ الخطبة :

١٨٥ - فبالنسبة للمهر ، فإنه يتعين رده إلى الخاطب سواء اكان العدول من جانبه أو من جانب المخطوبة ، ذلك لأن المهر لا يجب إلا بعقد الزواج كى يخرج من ملك الخاطب إلى ملك المخطوبة - ويرد بعينه إن كان موجوداً ، أو قيمته إن كان قيمياً أو مثله إن كان مثلياً . وتأخذ الشبكة حكم المهر لجريان العرف بذلك .

وعلى هذا انعقد الإجماع بين الفقهاء - على أن الخلاف قد ثار بين الفقهاء بالنسبة للهدايا .

فذهب الحنفية إلى اعتبار الهدايا هبة ، وتأخذ حكمها من حيث جواز الرجوع فيما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع (٤) ، وموانع الرجوع فى الهبة - عندهم - ستة ، هى :

موت الواهب أو الموهوب له - هلاك الهبة أو إستهلاكها - خروج الهبة

(١) مدى استعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق - ص ٩٠ .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - ص ٤٦ .

(٣) الأحوال الشخصية - للشيخ عبد الوهاب خلاف - ص ٩ ، ومدى استعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٩٦ ، وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - ص ٤٧ ، وشرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبياني - ص ٩ ، وكتاب الأحكام ، لأحمد قبرى باشا - ٣/٤٠ .

(٤) وهو ما ذهب إليه قضاء النقض (نقض - جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦ مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٥ - ص ٩٤٨) .

من ملك للموهوب له - أخذ عوض عن الهبة - القرابة المحرمية بين الواهب والموهوب له - زيادة العين الموهوبة .

لا فرق عندهم بين أن يكون العنول من الخاطب أو المخطوبة .

وذهب المالكية إلى التفريق بين ما إذا كان الذى عدل هو الخاطب أو المخطوبة . فإذا كان العنول عن الخطبة من جانب الخاطب فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه .

وإذا كان العنول من جانب المخطوبة ، كان له أن يستردها إن كانت قائمة أو قيمتها أو مثلها إن هلكت أو استهلكته ، إلا إذا قضى شرط أو عرف بغير ذلك .

ويرى أستاذنا الجليل للرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف (١) ، أنه بالنسبة للهدايا فالقائم منها كالحلى يرد إلى مهديه ، وغير القائم كالطعام والفاكهة لا يرد بدله شيء لأن الهدايا هبة وهلاك الموهوب من موانع الرجوع فيها ، ولا فرق في هذا كله بين ما إذا كان العنول عن الخطبة من جانبها أو من جانبها .

والذى عليه العمل بالحاكم هو رأى الحنفية ، مع أن البعض (٢) يرى أن رأى المالكية أكثر عدالة (٣) .

وكان قانون مشروع الأحوال الشخصية الذى وضع عام ١٩١٦ وعام ١٩١٧ ثم عام ١٩٥٦ قد أخذ برأى المالكية ، ولكن لم يتح لهذه المشروعات أن ترى النور (٤) .

(١) الأحوال الشخصية - لأستاذنا الشيخ خلاف - المرجع - ص ٩ .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - المرجع السابق - ص ٤٨ ، قارن : أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى - للدكتورين يوسف قاسم ورمضان الشرنباصى - ط ١٩٨١ - ص ٧٧ ، وأحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية - للدكتور محمود عبد الحميد الديب ط ١٩٨١ - ص ٣٢ ، والوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام - للدكتور محمد سلام مفكر - ط ١٩٧٥ - ص ٢٤ ومحاضرات فى عقد الزواج وأثاره - لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة - ط ١٩٧١ - ص ٦٥ وخطبة النساء - للدكتور عبد الناصر توفيق العطار - ط ١٩٧٦ - ص ١٤٨ .

(٣) عيون المسائل الشرعية - للشيخ على حسب الله - المرجع السابق - ص ١٥ .

(٤) أحكام الأحوال الشخصية - للدكتور محمد يوسف موسى - طبعة ١٩٥٨ - ص ٥٢ .

وكان نص المادة ٢ من مشروع قانون عام ١٩١٦ هو :

« إذا كان العدول من جهة الزوج فليس له أن يسترد شيئاً مما أهده ولا أن يرجع بشيء مما أنفق ، وإن كان من جهة الزوجة فللزوج أن يرجع بما أنفق وإن يسترد الهدايا إن كانت قائمة ، وقيمتها إن استهلك أو هلك ، ما لم يكن هناك شرط أو عرف بغير ذلك فيتبع » .

وكان نص المادة ٢ من قانون ١٩١٧ هو :

« وللزوج أن يرجع بما قدمه من هدايا عيناً أو قيمتها نقداً وقت الشراء إذا هلك أو استهلك ، وذلك إذا كان العدول من جانب الطرف الآخر ، وليس له أن يسترد شيئاً إذا كان العدول من جانبه » .

أما (مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد) فقد خير المخطوبة وولى أمرها بين إعادة المهر وتسليم ما يساويه من الجهاز إذا كان قد تم شراؤه فعلاً ، وعدم رد شيء من الهدايا إذا كان العدول من جانب الخاطب . وذلك حتى يخفف الأثر النفسى المترتب على العدول . أما إذا كان العدول من جانب الخطيبة ، فإن للخاطب حق طلب هداياه أو قيمتها - أخذاً بمذهب المالكية أيضاً^(١) .

ولعل المشروع الجديد يسير على نفس الدرب فى الحكم !! .

ولما كانت الشبكة تعتبر من قبيل الهدايا ، والهدية هبة ، والهبة فى المنقول تتم بالقبض . ومن موانع الرجوع فى الهبة موت المهدى أو المهدى إليه ، ومن ثم كان لأقارب الخطيب المتوفى الحق فى إسترداد الشبكة .

التعويض عن فسخ الخطبة :

١٨٦- هل يلزم الخاطب الذى يعدل عن الخطبة بالتعويض ؟ وما هى المحكمة المختصة بالفصل فيه ؟

لقد ثار خلاف بين للحاكم والشرائح حول تقدير تعويض فسخ الخطبة .

(١) الزواج - للأستاذ أنور الخطيب - المرجع السابق - ص ٢١ .

أولاً - القضاء الفرنسى والمختلط :

الراجع فى القضاء الفرنسى - ومن ورائه قضاء المحاكم المختلطة الملغاة فى ١٤/١٠/١٩٤٩ - إعتبار أن الخطبة لا تكون عقداً ولا ينشأ عنها إرتباطاً قانونى ، وأن العدول لا يترتب عليه مسئولية تعاقدية لانعدام العقد ، ولكن قد يترتب عليه مسئولية تقصيرية إذا أقترن بخطأ من جانب من عدل يدخل فى عداد الأفعال المعتبرة من قبيل الجنح المدنية أو أشباهها مما يستوجب التعويض (١) ، وذلك تأسيساً على أن الزواج فى ذاته من مظاهر الحرية الفردية ، وأن العدول عن هذا الزواج من مظاهر هذه الحرية فلا يمكن أن يكون استعمال هذه المظاهر محلاً لإساءة تستوجب التعويض ، لأنها من الحريات التى تتصل بالانظام العام .

ثانياً - الفقه الفرنسى :

١٨٧- ويذهب البعض إلى إعتبار الخطبة عقداً ملزماً للجانبين بوجوب عدم الوفاء به يترتب التعويض .

بينما يرى البعض الآخر فى الفقه الفرنسى أن الخطبة تخلق صلة قانونية من نوع خاص .

بينما يذهب رأى الراجع إلى أن كل من يعدل بغير سبب مشروع عن وعد بالزواج فيسبب بخطئه ضرراً للأخر يجب عليه إصلاح هذا الضرر (٢).

(١) من الصور التى قضت فيها المحاكم الفرنسية بالتعويض عن فسخ الخطبة ، إلغاء الخطبة فجأة وفى مظهر عنيف . أو لغير باعث مشروع ، لمجرد الهوى بحيث يحدث للطرف الآخر ضرر مادي أو غيره كمصاريف الدوات الزينة وإعداد العريس بترك العمل أو الوظيفة ، أو قارئ الفسخ ظروف مكونة لخطأ ضار (كالاعتداء على المخطوبة) ، أو مجرد الخفة والطيش فى الفسخ وعلى الأخص إذا حصل ليلة العرس ، أو كان العدول بعد أن طال مدة الخطبة طويلاً ملحوظاً (نظرية سوء استعمال الحقوق - للأستاذ حسين عامر - طبعة ١ - ١٩٤٧ - ص ٢٠٣ وما بعدها والمرجع والأحكام المعدنية التى أشار إليها فى الهامش) ومدى استعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى - ص ٦٦ ، والطبيعة القانونية للخطبة - للدكتور توفيق حسن - ص ١٢٢ وما بعدها .

(٢) ديموج - فى الإلتزامات - الجزء ٢ - ص ٤١ وما بعدها ، ومارتين - جزء ٦ بند ٢٩٢ وما بعده .

ثالثاً - القضاء للمصرى :

١٨٨ - أما القضاء للمصرى فقد ترددت أحكامه إلى آراء ثلاثة :

الأول- يذهب إلى أن الفسخ فى ذاته ، وإن لم يكن موجِباً للتعويض فإن الظروف التى تلابس هذا الفسخ قد تكون موجبة التعويض (١) .

والثانى - يقول بأن فسخ الخطبة هو حق مقيد وأن الإساءة فى استعماله تستوجب الحكم على المسمى بالتعويض (٢) .

والثالث - يقول بأنه لا يمكن أن يترتب على فسخ الخطبة فى حق ما فى أى تعويض (٣) .

(١) أنظر فى استعراض حجج هذه الآراء الثلاثة وتطبيقاً من أحكام الحاكم : مدى استعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٦٧ وما بعدها ، ونظرية سوء استعمال الحقوق - للأستاذ حسين عامر - ص ٢٠٥ - والطبيعة القانونية للخطبة - للدكتور توفيق حسن فرج - ص ١٢٩ ، وخطبة النساء - للدكتور عبد الناصر تولى الطيار - ص ١٦٤ .

(٢) ويعمل أصحاب الرأى الثانى منهم به أنه وإن كانت الخطبة ليست مقدراً يربط الطرفين لا يفيد براءة الخاطب من للمسئولية المدنية عن الضرر الذى يلحقه بمخطوبته إذا هو إساء العدول كما لو أطل الخطبة ظاهراً بمظهر زوج المستقبل فانصرف عنها طالبو الزواج ، ولما كان مشروعية حق العدول عن الخطبة ، مناطقها تفادى الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه ، إلا أن القوانين لا تحمى عدولاً طائشاً لا يبرره مسوغ ، إذ تزول - فى هذه الحالة - عن العدول صفة (الحق) ليصبح مجرد (فعل) تترتب على فاعله المسئولية إن تترتب عليه (ضرر) ، (الزواج لزهدي يكن) - ص ١٣٢ ، والزواج - لأنور الخطيب - ص ٢) .

(٣) وحجة الرأى الذى ينهى التعويض عن العدول عن فسخ الخطبة أن فسخ الخطبة أمر مباح ولا سبيل إلى تحميل الخاطب الذى يعدل عن خطبته مسئولية عمل مشروع مباح له والقضاء ممنوع من تقييد المباحات فى أحكام الأحوال الشخصية- للدكتور محمد يوسف موسى- ص ٥٤) ومن تطبيقات نفاذ التعويض عن فسخ الخطبة ما قضت به محكمة إستئناف مصر من أن الخطبة شرعاً ما هى إلا وعد بالزواج ، فهى مجرّدة شرعاً من كل اعتبار قانونى ، وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة التى لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من المضار ، وإن الخاطب يعتبر لجنياً عن للخطوبة (إستئناف مصر - جلسة ١٩٢٠/٦/٣٠ - للحامدة- السنة ٦٦- رقم ٣١٣ - ص ٦٢٦) وإن الأصل فى الحقوق أن تكون مطلقة فلا تقييد إلا بما تقيدها به القوانين والشرائع المرعية لمصلحة =

١٨٩- أما قضاء النقص ، فإن له في التعويض عن فسخ الخطبة ،
ورد الهدايا ، أحكاماً :

(١) فقد أطرر قضائه في التعويض عن فسخ الخطبة على أن الخطبة ليست بعقد ملزم ، ولذا فإن مجرد العدول عنها لا يكون سبباً للتعويض إلا إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، فيجوز عندئذ الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية .

١- فقد قضت بأنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوفر شرائط المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمه أفعال خاطئة في ذاته ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر ، فإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه في مال والد خطيبته لرفضه أن يخص إبنته بنصيبها في مال حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولاً طائشاً ليس له مسوغ يقتضيه ورتبت عليه للحكم عليه بالتعويض ، وكان سبب العدول على هذا النحو لاصفاً بالعدول ذاته ومجرداً عن أي فعل خاطيء مستقل عنه . فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض (١) .

٢- وقضت أيضاً (٢) بأن استطالة أمد الخطبة في الزواج والإحجام عن

- المجموع أو لمنع الضرر والتمتع بالحقوقي بما لا يخرج عن الحدود التي ترسمها القوانين ، لأوجب للمأخذة أمام القضاء ، حتى ولو ترتب عليه أحياناً مضايقة للغير أو الإضرار به (استئناف مصر - جلسة ١٧/١٢/١٩٣١ - الحمامة - السنة ١٢ - رقم ٤٢٢ - ص ٨٠٥) ويقول الأستاذ حسين عامر أن في الحكم الأخير تناقضاً (نظرية سوء استعمال الحقوق - للرجع السابق - ص ٢٠٧ هامش ٢) .

(١) نقض - جلسة ٢٨/٤/١٩٦٠ - الطعن رقم ٢٨ ، السنة ٢٥ القضائية - مجموعة المكتب الفني - السنة ١١ مدني - العدد ١ - ص ٣٥٩ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٥/١١/١٩٦٢ - الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ٧٢ القضائية - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٢ - مدني - العدد ٣ - ص ١٠٣٨ .

إتمامه ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد إعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول ، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما إستطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين^(١) .

١٩٠ - (ب) أما بالنسبة للهدايا والشبكة فقد اختلف قضاء محكمة النقض على النحو التالي :

١- فقد قضت (٢) بأن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما ، أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهيئاً بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتباره أنهما مجرد وعد فعدول ، قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما إستقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض .

(١) وحاصل قضاء النقض أنه يتجه إلى اعتبار مسئولية إنهاء الخطبة بالعدول عنها مسئولية تقصيرية ، تماماً مثلما إتجه إليه القضاء الفرنسي (الطبيعة القانونية للخطبة) - للدكتور توفيق حسن فرج - للرجع السابق - ص ١٢٩ وما بعدها ، والمراجع العديدة المشار إليها فيه) . ويؤيد الفقه الإسلامي وقله القانون الحديث ما أخذ به القضاء الفرنسي والقضاء المصري في هذا الصدد (محاضرات في الزواج وأثاره - لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة - ص ٦٠ وما بعدها ، والطبيعة القانونية - للخطبة - للدكتور توفيق حسن فرج - للرجع السابق - ص ١٢٤ وما بعدها ، ومدى استعمال حقوق الزوجية - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - للرجع السابق - ص ٧٠ وما بعدها ، والوسيط - للدكتور السنهوري - جزء ١ - طبعة ١ - ص ١٢٧ وما بعدها ، وخطبة النساء للدكتور عبد الناصر العطار - ص ١٧٦) .

(٢) نقض - جلسة ١٤/١٢/١٩٢١ - الطعن ١٢ لسنة ٩٩ - مجموعة القواعد القانونية - مدني - جزء ١ - ص ١١٨ .

٢- وقضت أيضاً (١) بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد إستند إلى الخطابات الصادرة من الطاعن ، والقواتير المتعلقة بجهاز المطعون عليها ، وإقرار الطاعن نفسه - فى تقرير مسؤوليته عن الأشياء والنقود التى سلمت إليه من جهاز المطعون عليها وملابسها التى أعدت لزوجها أثناء الخطبة ، كما إستندت إليه أيضاً فيما إنتهى إليه من تقرير للمجلس الملى للجهاز والملابس ، هو تقدير صائب لا مغالاة فيه ، وكان ما ورد بالحكم المطعون فيه بشأن ما جاء فى دعوى رفعها الطاعن من أن حكم المجلس الملى قد حاز قوته القانونية فيما إنتهى إليه من أحقية المطعون عليها للجهاز ، لا يعدو أن يكون تقريراً لما ورد فيه لا أساساً من الأسس التى بنى عليها الحكم المطعون فيه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد بنى على أساس سليم وأدلة سائفة ويكون النعى عليه بمخالفة القانون وبالقصور وبالخطأ فى الإسناد لا أساس له .

٢- وقضت (١) بأن الهدايا التى يقدمها أحد الباطنين إلى الآخر أثناء فترة الخطبة تعتبر من قبيل الهبة لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه إذ يتم الزواج صحيحاً بدونها ولا يتوقف عليها ، ولذلك فإن القضاء بردها يخرج عن إختصاص (المحاكم الروحية) وعلى ذلك فإن المحكمة الروحية إذ قضت فى حكمها المطعون فيه بإلزام الطاعنة بإداء مبلغ معين فى مقابل تلك الهدايا ، تكون قد فصلت فى نزاع خارج عن ولايتها مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة إلى مناقشة بقية أوجه الطعن .

رابعاً - الفقه المصرى :

١٩١ - لقد ثار الخلاف بين الشراح كذلك حول مدى التعويض عن استعمال الخاطب أو المخطوبة لحق فسخ الخطبة ، وانقسمت آراؤهم على

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٤/٢٨ ، الطعن ٤٢٨ لسنة ٢٥ ق ، مجموعة للمكتب الفنى - السنة ١١ ، ص ٣٥٩ وما بعدها .

(٢) نقض ، جلسة ١٩٦١/٦/٢٤ ، مجموعة للمكتب الفنى ، السنة ١٢ ، العدد ٢ ، مدنى - ص ٣٢٩ و ٢٤٠ .

نحو ما نهيت إليه المحاكم (١) .

فيذهب أستاذنا المرحوم فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة (٢) إلى أنه لا يقر الرأي الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق ، ولا الرأي الذي يمنحه بإطلاق بل يقول قولاً وسطاً فيقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض لأنه حق ، والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول ، كأن يطلب هو نوعاً من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن ثم يكون العدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوض ، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض .

ويرى أستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسي (٣) أن مجرد العدول عن الخطبة حق العادل . فلا ينبغي أن يترتب على الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب ذلك العدول تعويض ، لأن العادل لم يكن إلا مستعمالاً حقه في هذه الحالة ، واستعمال الحق لا يوجب الضمان . أما الضرر الذي لم يكن لاستعمال الحق دخل فيه ، فهذا يجب أن يعوض عنه عملاً بقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » .

ويرى أستاذنا العميد الدكتور السعيد مصطفى السعيد (٤) أن أصح الآراء هو الرأي الذي يقرر مبدأ المسؤولية عن فسخ الخطبة على أساس سوء

(١) مدى استعمال الحقوق الزوجية ، للدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٢) الأحوال الشخصية ، الزواج ، ص ٢٠ وما بعدها ، وقارن : أبحاث تعويض الزوجة من الإخلال بوعود الزواج ، للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ، الجريدة القضائية ، السنة ١ ، العدد ٤ ، ص ٢٥٢ ، والمخطوبة التي يهجرها الخطيب في الفقه الإسلامي ونظرية التعويض ، للأستاذ أحمد محمد الأزهرى المحامى ، الجريدة القضائية ، السنة ١ ، العدد ١١ ، ص ١٥١ ، وهل يدفع الخاطب تعويضاً لمخطوبته إذا أخل بوعود الخطبة - فتوى شرعية - للشيخ محمد نجيب الطيعي - مجلة للحاماة الشرعية ، السنة ١ ، ص ٤٤ .

(٣) الأحوال الشخصية - الشيخ محمد زكريا البرديسي - المرجع السابق - ص ١٦ .

(٤) مدى استعمال حقوق الزوجية - للدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق - ص ١١٧ .

استعمال الحق ، باعتبار أن حق العدول عن الخطبة لم يشرع إلا لمسوغ يقتضيه (١) عندما يظهر أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المألوفة ، فقد وافق الشريعة الإسلامية بكونه لم يجرد الخطبة من كل أثر قانوني ، بل أنها طبقاً لهذا الرأي تعتبر إتفاقاً مستحباً ينشأ عنه إرتباط ، وأن العدول عن الخطبة حق ولكنه مقيد في استعماله بوجوب أن يكون مطابقاً للحكمة الغالبة التي من أجلها شرع ، حقيقة أن هناك حقاً في العدول مما يشعر بإنعدام الأساس التعاقدى للمسئولية إذا ما وجدت ، ولكن هذا الحق مقيد بالقييد الذي أشرنا إليه وهو عدم الإساءة ، فإذا أسىء في استعمال هذا الحق أى حق العدول لم يكن الفعل تطبيقاً لهذا الحق الذي يكون غير قائم لعدم قيام موجهه ، وبذلك يكون تصرف الناكث منافياً لتعهدة وموجباً لمسئوليته على أساس العقد .

ويرى المستشار حسين عامر (٢) أن الخطبة تنشئ خلافات بين طرفين لا يمكن تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ، ولا تجريدتها من أى تقدير قانوني ، فليها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو إرتباط قانوني وعقد كامل ، يلتزم فيه كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم ، وليس ثمة ما يوجب وفاء الإلتزام عيناً ، أى إجراء التعاقد النهائي ، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً فليس لأى الطرفين قبل الآخر إلا المطالبة بالتعويض عن الرجوع في هذا الوعد ، وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أن يعدل عن وعده ، ولكنه ، إذا أساء استعمال ذلك فإنه يجب مساعلته وإلزامه بالتعويض .

(١) ويرى الأستاذ حسنى نصار أنه يشترط في طلب التعويض عن فسخ الخطبة أو العدول عن الوعد بالزواج ، شرطان :

الأول - أن يقع للعدول نون مبرر جدى صحيح وفي وقت غير مناسب .

الثانى - أن يقع العدول نون مبرر أنهى أو مائى نتيجة لهذا العدول (حقوق المرأة - المرجع السابق - رقم ٤٤٦ - ص ٢٨٧) .

(٢) نظرية سوء استعمال الحقوق - المرجع السابق - رقم ٢٥٧ - ص ٣٠٠ .

٢٠- والرأى عندى (١) أن فسخ الخطبة حق مقيد ، وإن إساءة استعماله تستوجب الحكم على الطرف المسىء بالتعويض ، ذلك أن الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذى يراه ، بل أصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة استعمالها ومن ثم يكون الطرف الفاسخ للخطبة مسئولاً عن تعويض الطرف الآخر متى ثبت تعسفه فى استعمال حق فسخ الخطبة ولحق الضرر بالطرف الآخر من جراء هذا الفسخ ، طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية وإعمالاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، وقيام تلك الأركان أو عدم قيامها مسألة موضوعية لقاضى الموضوع أن يستجليها .

أحكام الزواج :

١٩٢- الزواج فى الشريعة الإسلامية هو عقد يفيد حل إستمتاع الرجل بالمرأة لم يمنع العقد عليها مانع شرعى ، وقد أورد الفقهاء له تعريفات عديدة (٢) .

وقد شرع الزواج لتحقيق غايتين :

الأولى - إئتناس الرجل بالمرأة لتسود بينهما المودة والرحمة والتعاون على النهوض بأعباء الحياة - قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » .

(١) كتابنا المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - طبعة ١٩٦٣ - ص ١٠ ، ومقالنا عن فسخ الخطبة - المحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٩ - ص ٦٨ وما بعدها ، وقارن : الوسيط - جزء ١ - مصادر الإلتزام - للدكتور السنهورى - طبعة ١ - للرجع السابق - ص ٨٤٤ و ٨٤٥ .

(٢) الأحوال الشخصية - لأستاذنا الجليل الشيخ عبد الوهاب خلاف - ص ٢ ، والأحوال الشخصية - قسم الزواج - لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة - ص ٩٦ . وأحكام الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العظيم شرف الدين - ص ٧ ، وشرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبيانى ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية ، للقاضى أنور العمروسى - ص ١٠٤ وما بعدها ، والمراجع العديدة التى أشار إليها .

الثانية - التنازل المبني على رباط مقدس ، يبقى به النوع الإنساني على وجه لا تخلط فيه الأنساب لو تم عن غير طريقه . قال تعالى : « فالآن بأشروهم وإبتغوا ما كتب الله لكم » . وقال سبحانه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ، ورزقكم من الطيبات أثقابا باطل يؤمنون وينعمة الله هم يكفرون » .

وأحكام الزواج كثيرة ومتعددة أيضاً من حيث الصحة والفساد والبطلان ونحوها ، وليس هنا مجال بحثها لأنها في جورها أحكام موضوعية ، وسوف نستعرض من منازعات الزواج ما طرح على المحاكم الشرعية بما يلقى الضوء على الأصول الإجرائية .

فقد قضى (١) بأنه إذا تم عقد الزواج مقيداً بأن يكون أمر الزوجة بيدها تطلق نفسها متى شاءت وكانت هي البائدة بالإيجاب المقيد بهذا الشرط ، وقبل الزواج ، كان كل من النكاح والتفويض صحيحاً بخلاف العكس .

يصح زواج الحامل من الزنا ، أما الحامل من غيره ، فلا يصح العقد عليها لثبوت الحمل ووجوب العدة عليها حينئذ ، والعقد على المعتدة غير صحيح ، ويكون من قبيل النكاح الفاسد إن كان لا يعلم حالها ، أما لو علم حالها وإنها معتدة من الغير فإنه يكون باطلاً لا يتعقد أصلاً ويجب بالدخول الحد لأنه زنا .

وإذا ادعى الزوج فساد النكاح يقبل قوله في حق الفرقة لأنه طلقها ، فإن أقام البينة على الفساد سقطت النفقة ، لأن النكاح الفاسد لا يوجب النفقة فله الرجوع بما انفق بأمر القاضي لأنها أخذته بغير حق (٢) .

إذا ثبت أن النكاح باطل وجب التفريق بين الزوجين شرعاً إن لم يتفرقا ، لأن هذا حق يجب على القاضي الأمر به ولو لم يطلب في الخصومة (٣) .

إذا اختلف الزوجان في الخلوة كان القول للزوج والبيئة على الزوجة ، وإذا أصرت على أن القول لها وعليه البيئة بعد تكليفها بالإثبات تعتبر عاجزة عن الإثبات - ولا تثبت الخلوة بالقرائن ولابد من بيئة صحيحة ، وتحليف

(١) طنطا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٥/١١/١٩٣٧ - المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين - للأستاذ صالح حنفي - جزء ١ - ص ٦٠ .

(٢) الضواحي الشرعية - جلسة ٨/٨/١٩٣٨ - المرجع السابق - ص ٦٠ .

(٣) المنصورة الابتدائية الشرعية - جلسة ٢٦/٣/١٩٤٩ - المرجع السابق - ص ٦٠ .

الزوج على نفى الخلوة لا يكون إلا بطلبها (١) .

وثيقة الزواج ورقة رسمية ملزمة للزوجين بكل محتوياتها شرعاً وحجة عليهما ، فإذا فقدت رسميتها في جزء آخر غير العقد والقبض فلا أقل من أن تكون في هذا القدر ورقة عرفية معترفاً بها .

والمنع من سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة الوارد في الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ منع عام لا يشمل دعوى الزوجية التي يقصد منها إثبات دعوى الزواج فحسب بل والدعوى التي يطلب بها شيء من آثار عقد الزواج كالنفقة والطاعة ولا يقصد بهذا المنع ضياع حقوقها بل يكون بمثابة التأجيل للمطالبة بها زجراً لهما لمخالفتها القانون ، والقول بأن المنع قاصر على دعوى الزوجية نفسها قول من غير دليل (٢) .

المسيحية للزوجة بمسيحي إذا أسلمت وبقي زوجها المسيحي على دينه لا يصح أن يتزوجها مسلم قبل أن يصدر حكم بالتفريق بينها وبين زوجها الأول ، (ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٢٢٩) وإذا حدث مثل هذا فعلى القاضى أن يأمر بالتفريق بينهما (٣) .

إذا باشر الصبي المميز عقد زواجه بنفسه كان موقوفاً على إجازة وليه ، فإن أجازته نفذ ، وإن رده بطل (٤) .

إذا رأى الشاهد رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً ، وينتسب كل واحد إلى الآخر انتساباً الأزواج جاز له أن يشهد بأنهما امرأته .

المنصوص عليه شرعاً أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها غير مسلم ، عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم فهي امرأته ، وإلا فرق القاضى بينهما .

(١) المنشية الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٣/٤ - المرجع السابق - ص ٦٣ .

(٢) سواهج الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٧٩/٢/٢ - المرجع السابق - ص ٦٤ .

(٣) أسبوط الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٤٧/١/٧ - المرجع السابق - ص ٦٤ .

(٤) طلخا الشرعية - جلسة ١٩٤٧/٩/١٣ - المرجع السابق - ص ٦٥ .

المحكمة المختصة بنظر دعوى فسخ عقد الزواج :

وقد قضى فى دعوى فسخ عقد زواج أقامها المدعى ضد المدعى عليها طالباً الحكم بفسخ زواجهما المعقود فى ١٠/١٠/١٩٧٤ لدى مائون ناحية دمنهور شبرا مع إلزامها بالمصاريف الأتعاب والنفاد ، على أساس أنها قررت بالعقد أنها بكر ، غير أنه نما إلى علمه بأنها ثيب وليست بكر ...

ويجلسة ٢٥/٥/١٩٧٥ حكمت المحكمة حضورياً برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصاريف ومائة قرش مقابل أتعاب المحاماة (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ قد نقلت الإختصاص للمحكمة الابتدائية فى الطلاق والخلع والمباراة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها ودعوى النسب فى غير الوقف ، واستبقت للمحكمة الجزئية باقى الإختصاص المبين فى المادة السادسة من لائحة المحاكم الشرعية ومنه الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية ، وأن المقصود بالزواج ذات العقد من حيث صحته وفساده وبطلانه - لما كان ذلك ، وكان فسخ عقد الزواج فى نطاق أرجح الأقوال فى فقه المذهب الحنفى لا يثبت للزوج لعيب فى زوجته إكتفاء بما له من حق الطلاق ، وإنما يثبت هذا الحق للزوجة إذا وجبت بمن تزوجته عيباً من العيوب والألواء إذ كان ذلك ، وكان الحكم قد أسس قضاه فى الموضوع على القول بأنه لا يتخير لحد الزوجين بعيب الآخر ، فإنه يكون قد أقيم على أساس قانونى خاطئ ..

أصول شرعية فى الزواج (المسلمين وغير المسلمين):

١- المقرر شرعاً أنه إذا لم تثبت وكالة من تولى العقد عن الزوجة ، فإنه يعتبر فضولياً يبقى عقد الزواج موقوفاً على إجازة الزوجة ، فإن لم تجزه أنفسه ويحق لها أن ترفع دعوى بطلب بطلانه .

٢- المقرر شرعاً أن من يملك تصرفاً من التصرفات فإن له أن يوكل فيه غيره إذا كان هذا التصرف مما تجوز للوكالة والإنابة كالزواج ، فللرجل

(١) شبرا الخيمة - جلسة ٢٥/٥/١٩٧٥ - القضية ١٧٦ سنة ١٩٧٥ لحوال نفس جزئى .

والمرأة إذا كانا بالغين عاقلين أن ينبغي عنهما غيرهما فى تزويجهما ، وتنصرف آثار التصرف إلى الموكل أى إلى الزوج والزوجة ، ولا تنصرف إلى الوكيل ، فلا يطالب الوكيل بتسليم الزوجة إلى الزوج ، كما لا يطالب بمهرها ، ولا بأداء نفقتها ، فإذا وكل الزوج غيره فى تزويجه وفوض إليه الرأى فى إختيار الزوجة التى يراها ، فاختار لها زوجة بها عيب أو عاهة ، فإن الإمام أبها حنيفة يرى صحة هذا الزواج ، وأنه لا يجوز للزوج أن يرده ، تأسيساً على أن الزوج مطلق حرية الإختيار للوكيل ولم يقيد به معين ، ويرى الإمامان أبو يوسف ومحمد أنه يتعين لنفاذ هذا العقد أن تكون الزوجة خالية من العيوب والعاهات ، إستناداً إلى أن التوكيل وإن كان طليقاً من كل قيد ، إلا أنه مقيد بالعرف ، والعرف الذى تعارف عليه الناس أن من يريد الزواج يختار عادة الزوجة الخالية من العيوب السليمة من العاهات ومن القواعد الفقهية أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . ويجرى العمل على رأى الإمامين أبى يوسف ومحمد .

٣- إقرار المدعى عليه - قبل وفاته بمحضر الجلسة - بزوجه المدعية هو إقرار قضائى ملزم يحاج به ورثته ، وتترتب عليه كل الآثار الشرعية من إستحقاق الزوجة فى معاشه وتركته ، ولا يغير من ذلك وفاة الزوج قبل صدور حكم بالنفقة لزوجته المدعية .

٤- عقد زواج المطلق بأخت المطلقة لأبيها التى إسقطت جنيناً مستبين الخلق ، هو زواج صحيح ونافذ ، طالما أنه وقع بعد الإجهاض ، ذلك أن المقرر شرعاً أن عدة المطلقة تنقضى بوضع جنينها المتخلق ، حيث يقدر الفقهاء لإستبانة خلق الجنين أربعة أشهر تقريباً ، إذا كان ذلك ، وكان الثابت أن للمدعية - فى دعوى إبطال عقد زواج المطلق بأخت المطلقة لأبيها - قد أجهضت بعد مدة حمل إستدامت أربعة أشهر وأيام ، بما يؤكد أن السقط كان مستبين الخلق ، وتكون عدة المدعية قد إنتقضت به ، وإذا كان زواج المطلق بأخت للمدعية لأبيها بعد السقط بثلاثة أشهر ، فإن هذا العقد يكون قد وقع صحيحاً ونافذاً ، وتضمضى دعوى المدعية على غير سند مستوجبة الرفض .

٥- المقرر شرعاً أن زواج المسلم بالمسيحية الشرقية المتزوجة بزواج

مسيحي مشروط بأن يسبقه إشهار إسلامها ثم ترفع دعوى تعرض فيها الإسلام على زوجها ، فإذا أبى الإسلام حكم بالتفريق بينهما ، وبعد إنقضاء العدة تكون أهلاً للزواج .

٦- إذا كانت الأخت المطلوب ضمها إلى أخيها لأبيها قد تزوجت ، وتدخل الزوج في دعوى الضم وقدم عقد زواجه بها ، فإن دعوى الضم تكون مستوجبة الرفض ، لأن المقرر شرعاً أن طاعة الزوج مقدمة على الحق في طلب الضم الذي من شأنه أن يفوت على الزوج الحق في إحتباس الزوجة في مصالحه .

٧- الكفاءة شرط في صحة الزواج في مذهب أبى حنيفة وهو المذهب المعمول به في قضاء الأحوال الشخصية في جمهورية مصر العربية ، ولكنها تعتبر في جانب الزوج دون الزوجة .

٨- دعوى القيم على شقيقه المحجور عليه للسف ، بطلب بطلان عقد زواج الأخير من راقصة تكون غير مسموعة شرعاً ، لوقوع هذا العقد صحيحاً ونافذاً ، ذلك لما هو مقرر من أن حكم الحجر لا يتناول إلا التصرفات المالية ، أما ما عداها من التصرفات (كالزواج والطلاق) ، فإن أهلية المحجور عليه للسف تكون كاملة بالنسبة لها .

٩- المقرر شرعاً أن لعقد الزواج أركاناً وشروطاً ، فمن أركانه الإيجاب والقبول ، ومن شروطه الإشهاد عليه ، وإثمة المذاهب الأربعة متفقون على أن الزواج لا يصح بدون الشهادة عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا نكاح إلا بشهود » ولقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل » . ويشترط في الشهادة أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين وعلّة إشتراط الشهادة على الزواج ما للزوج في الإسلام من شأن وخطر ، وما يترتب عليه من آثار دينية ودينية ، فكان لازماً إذاعته وإشهاد الناس له وللعلم به تشريعاً له وتكريماً ، بحيث يترتب على تخلف الشهادة إعتبار عقد الزواج فاسداً ، والعقد الفاسد لا يحل معه للزوج أن يدخل بالزوجة ولا تترتب عليه آثار للزوجية ..

١٠- الزواج العرفي سواء أكان محرراً في ورقة أم تم مشافهة ، لا

يرتب حقاً لأى من الزوجين قبل الآخر ، فلا تجب نفقة للزوجة على زوجها ، ولا حق فى طاعتها ، ولا يرث أحدهما الآخر ، ولكنه مع ذلك يثبت به نسب الأولاد الذين يولدون نتيجة له ، ويثبت نسبهم بكافة طرق الإثبات .

١١- المقرر شرعاً أنه بوفاة الزوجة قبل الدخول تستحق كل المهر (مقدمه ومؤخره) ، ولورثتها إقتضاؤه من زوجها ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، أو إختلى بها أو لم يختلى ، وتثبت فى ذمته كذلك نفقتها عن المدة من تاريخ العقد حتى تاريخ الوفاة إذا كان لم يؤد إليها مقابل عن تلك المدة .

١٢- المقرر شرعاً وقانوناً أنه إذا ثبت أن أحد الزوجين لم يكن ممثلاً فى عقد الزواج لا بنفسه ولا بوكيل عنه ، وأن شخصاً آخر إنتحل شخصيته ، فإن عقد الزواج لا ينعقد ويقع باطلاً ، لما هو مقرر فقهاً من أن عقد الزواج عقد رضائى ، ولا بد فيه من إلتقاء إرادتى العاقدين له على معناه ويشروط معيته .

١٣- المقرر شرعاً أن من تزوج امرأة وإختلى بها فقط ثم طلقها ، لا يحرم عليه الزواج من إبنيتها بعد أن تنتهى عدة الأم ، ما دام لم يدخل بها ، ذلك لأن تحريم زواج إبنة الزوجة مقصور على حالة ما إذا كان الزوج دخل بالأم دخولاً حقيقياً ، لقوله تعالى : (حرمت عليكم ... وريائكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) .

١٤- المقرر شرعاً أنه يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤكداً أو مؤقتاً ، وألا يقوم بالرجل سبب من أسباب التحريم ومنها الجمع بين الأختين .

كما أن المقرر شرعاً أنه إذا تزوج رجل بإحدى الأختين بعد الأخرى صح زواج الأولى ، وفسد زواج الثانية ، وكان عليه أن يفارقها وإلا فترق القاضى بينهما ، فإن فارقها بعد الدخول ، فيجب عليه مهرها وعليها أن تعدد ويثبت النسب ، ويعتزل الزوجة الأولى حتى تنقضى عدة الثانية ، فإذا تزوج الأخت الثانية فى عدة الأخت الأولى ، وكان طلاقها رجعيّاً لا تنقضى به الزوجية ، فإنه يتعين أن يطلق الثانية ، ثم بعد إنقضاء عدة الأولى يعقد زواجاً جديداً على الأخت الثانية .

١٥- المقرر شرعاً أنه إذا تزوج مسلم بنصرانية ثم تهودت أو يهودية ثم تنصرت ، فإن زواجهما لا يفسد ولا يفسخ ، بل يظل قائماً نافذاً ، لأن التغيير هو إلى كتابية وزواج المسلم بالكتابية صحيح .

١٦- إذا أقرت المطلقة ، طلاقاً مكملًا للثلاث ، بأن عدتها قد انقضت من زوجها الثاني (المحلل) ، فإنها تصدق إذا كانت المدة الفاصلة بين طلاقها من زوجها الثاني وإقرارها بإنقضاء العدة تحتل ذلك ، فإذا تزوجها كان زواجه بها صحيحاً ، وبليلاً على تصديقه لها ، وإعترافاً بصحة زواجه منها وبأنها تحل له ، فإذا عاد بعد ذلك منكراً واقعة دخولها بزواجها الثاني وبأنها بسبب ذلك لا تحل له ولا تجب لها النفقة عليه ، فإنه يكون متناقضاً مع نفسه ، وساعياً لنقض ما تم صحيحاً من جانيه ، فسعيه مردود عليه ، ولكنه مع ذلك يعامل بإقراره ويفرق بينهما وفي ذات الوقت يقضى عليه بنفقة تلك الزوجة .

١٧- المتفق عليه فقهاً أنه إذا لم تثبت وكالة من تولى العقد عن الزوجة ، كان فضولياً ، وينعقد الزواج موقوفاً على إجازة الزوجة ، فإن قبلته نفذ ، وإن رده ارتد . وقرئياً على ذلك فإن أمكن إثبات أن المدعية لم توكل أخاها غير الشقيق في تزويجها بإذن خالته الأمي - وهي الجامعية - فإن العقد يكون واجب الفسخ ولا ينفذ .

١٨- المقرر شرعاً أن الوعد والإستيعاد لا ينعقد به الزواج ، فضلاً عن أن الزواج لا يصح تعليقه على شرط ولا إضافته إلى المستقبل .

١٩- المقرر فقهاً أنه لو وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة بمهر معين ، فزوجه غيره أو زوجه على مهر أكثر مما إتفق عليه . كان العقد موقوفاً على إجازة للوكل - لما كان ذلك فإن العقد الذي أجراه والد الزوج المهاجر بوكالة عنه بتزويجه من قريبة له ، غير تلك التي إختارها إبنته ، لا يعتبر نافذاً إلا بإجازة للوكل وموافقة عليه .

٢٠- إذا كان الثابت أن الزوج طلق زوجته مرات بحيث أصبحت لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ويسخل بها دخولاً حقيقياً ويطلقها بمشيئته وبمحض إرادته وإختياره ، وكان الزوجان قد تحايلا على ذلك ولجا

إلى ماؤنون ناحية نائية وقررا له بخلوهما من الموانع الشرعية والنظامية ، وإن الزوجة بكر لم يسبق لها زواج ، وإنهما تزوجا وتعاشرا بناء على العقد الأخير ، فإن هذا العقد يكون قد وقع باطلاً ، ويحق لكل مسلم أن يقيم دعوى التفريق بين الزوجين وهي الدعوى المعروفة بدعوى الحسبة التي تكون عادة فيما كان حق الله فيه هو الغالب ، ويكون التفريق بين زوجين وقع زواجهما فاسداً أو باطلاً من الحقوق التي يغلب فيها حق الله .

٢١- لا يحل لمسلمة أن تتزوج بغير المسلم ، ويقع عقد زواجهما باطلاً غير متعقد ، ولا يصحح هذا البطلان أن يشهر الزوج إسلامه بعد عقد الزواج ، ولابد له بعد إسلامه من إجراء عقد زواج جديد .

٢٢- المقرر شرعاً أن الوعد والإستيعاد لا ينعقد به الزواج ، كما لا يصح تعليقه بالشروط ولا إضافته للمستقبل .

٢٣- إذا عقد الزواج بين أقارب الدماء ، فإنه طبقاً للقانون المدني اليوناني يكون باطلاً إلى الدرجة الرابعة ، ويستثنى من ذلك الزوجة الحسنة النية ويستدل على حسن نيتها إذا حصلت على تصريح بالزواج من البطريرك وكانت تؤمن بأن زواجها مسموح له . على أن الحكم ببطلان الزواج لا يكون إلا من تاريخ صدوره ولا ينسحب أثره على الماضي ، بل يعتبر الزواج صحيحاً منتجاً لكل آثاره ومنها النسب والميراث .

٢٤- إذا تكشف للزوج بعد حفل الزفاف أن العروس غير من رأها قبل عقد القران ، فالمقرر شرعاً أن قضايا الأحوال الشخصية في مصر يحكمها راجح الأقوال في المذهب الحنفي ، وعلماء هذا المذهب يرون أنه لا خيار للزوج في فسخ عقد الزواج لأنه لا يملك الطلاق ويتحمل كل آثاره . وقد جاء بكتاب (فتح القدير) وهو من الكتب المعتمدة في مذهب الحنفية ما يلي:

(لو شرط الزوج وصفاً مرغوباً فيه البكارة والجمال والرشاقة وصغر السن ، فظهرت الزوجة سيئة مستنة شهواء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في النكاح) : غير أنه جاء في بعض كتب الحنفية كذلك أنه إذا حكم القاضي في هذه الحالة بفسخ النكاح صح حكمه .

ويرى الإمام ابن حزم (١) إنه إذا شرط لحد الزوجين السلامة من العيوب ، فالشرط صحيح لازم . فإذا ظهر للمشتراط خلاف ما شرط فالعقد باطل ولا يترتب عليه أثر من نفقة وصنلق وميراث .

٢٥- شريعة الأقباط الأرثوذكس لا تجعل من فارق السن بين الزوجة والزوج موجبا لبطلان عقد الزواج ، كما لا تعرفه سببا للتطبيق .

٢٦- لا يترتب على مخالفة القانون الذى يحدد سن الزواج للمبنت بست عشرة سنة وللزوج بثمانى عشرة بطلان عقد الزواج أو فسخه ، فزواجهما صحيح شرعا إذا كان مستوفيا لأركانه وشروطه الشرعية ، فإذا كان قد تم أمام المحكمة الشرعية فى البلد العربى الذى إنعقد فيه كان صحيحا شرعا .

إنما الآثار التى تترتب على مخالفة القانون فهى العقوبة الجنائية لمن تعتمد إخفاء حقيقة السن ، وعدم سماع دعوى الزوجية والدعاوى التى تترتب عليها كالنفقة والطاعة والطلاق لو أرادت الزوجة أن تطلبها ، ويبقى المنع قائما إلى أن تتجاوز سنها الحد المقرر قانونا ، فإن تجاوزاه ، كان لهما الحق فى التقاضى ، فلها أن ترفع دعوى بطلب النفقة ، وله أن ينزهاها بالدخول فى طاعته ، ولها أن تطلب التطلاق منه إذا توافر لديها سبب من أسباب التطلاق المقررة فى القانون .

٢٧- إثبات عقد الزواج العرفى يكون بالشهود وقرائن الأحوال من المعاشرة الزوجية تنفيذاً له وليس بلام أن يشهد الشهود بحضور مجلس العقد ولا وقت التوقيع عليه فالزواج من الأمور التى يجوز فيها الشهادة السماعية شرعا .

فإذا كان الثابت رسمياً أن الزوج هو الذى أبلغ عن ولادة الطفل فإن ذلك يعتبر إقراراً منه بنسب الطفل إليه ، يؤكد ذلك وبقيمة ما ثبت من الأوراق الدالة على أنه الذى تولى دفع مصروفات مستشفى الولادة وأجر الطبيب .

والمراد من إثبات الزوجية فى هذه الحالة أن لا يترتب على الزواج أثره من النفقة والطاعة والتوريث ، ولكن يراد به إثبات للمعاشرة الصحيحة

(١) الإمام بن حزم من أئمة المذهب الظاهرى ، وهو غير معمول به فى مصر .

الشرعية والتي بسببها يثبت نسب الطفل ، أما الزواج فى ذاته فلا يمكن إثباته إلا بوثيقة زواج رسمية .

٢٨- إذا كان الثابت أن الزوج أقر بمحضر الجلسة بقيام الزوجية بعقد عرفى ، فإن الدفع بعد ذلك بعدم سماع دعوى الزوجية غير الموثقة رسمياً لا يفيد ما دام قد أقر بقيام الزوجية سواء لكان ذلك بعقد عرفى أو رسمى ، لأن اشتراط الوثيقة لا يكون إلا فى حالة إنكار أحد الزوجين ، وما دام الزوج قد أقر بقيامها فإن هذا الإقرار يعتبر مصادقة منه على قيامها .

٢٩- عقد الزواج الموثق فى أى بلد أجنبى يقوم دليلاً على الزوجية طالما كان مستوفياً للشروط الشرعية المقررة فى الشريعة الإسلامية ، ولا ينقصه إلا التصديق عليه من الجهات الرسمية المصرية ، وبموجبه يمكن للزوجة رفع دعوى تطليق ونفقة .

٣٠- الزواج عند المسيحيين بكافة طوائفهم لا ينمقد إلا بحضور رجل الدين لمباشرة المراسم الدينية ، ويترتب على عدم القيام بهذه المراسم بطلان العقد ، لما هو مقرر عندهم من أن الزواج سر ، ومكمنه فى الطقوس الدينية ، فإذا لم تجر هذه الطقوس فلا سر ولا زواج ، وذلك إذا كان الزوجان متحدين طائفة وملة . فإن اختلفا فإن عقد الزواج العرفى يقع صحيحاً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق فى حالة الاختلاف ، إلا أنه رغم شرعية العقد طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه لا تسمع به الدعوى لعدم توثيقه . أما نسب الأولاد فيثبت به عند الإعراف بهم أو إقامة الدليل على بنوتهم عند الإنكار .

٣١- يقع باطلاً عقد زواج المجنونة ، سواء بأشهرته بنفسها أو بطريق الوكالة عنها ، لأن من لا يملك العقد لا يملك الوكالة فيه .

مدى إلتزام الزوجة بالطاعة:

مقدمة (١) .

١٩٢- للزوج على زوجته حقوق غير مالية ، تنالونها بالبيان

(١) راجع مقالنا : مدى إلتزام الزوجة بالطاعة - المحاضرة - السنة ٥١ - المبد ١ - ص ٧٠ .

الأصول الشرعية التالية :

قال سبحانه وتعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن فى المضاجع وأضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهم سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً » .

وقد نقل عن أصولنا الشرعية الخالدة - القانون الفرنسى أحكام الطاعة التى قررتها هذه الآية الكريمة ، فنص فى المادة ٢١٢ من القانون المدنى الفرنسى على أن :

" le mari doit proteion à la femme; Obéissance à son mari "

أى أنه يجب على الزوج صيانة زوجته ، وأنه يجب على الزوجة طاعة زوجها .

كما نصت المادة ٢١٤ من ذلك القانون على أن :

"la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout ou il juge à propos de risider , le mari est obligé de le recevoir et lui fournir tout ce qui est necessaire pour les besoins de la vie selon ses faculté et son état ."

أى أن الزوجة تلتزم بأن تقيم مع زوجها ، وأن تنتقل معه إلى أى مكان يفضل الإقامة فيه ، كما يلتزم الزوج أن يعاشرها وأن يقدم لها كل ما هو ضرورى من متطلبات الحياة فى حدود قدرته وحالته .

فهاتان المادتان تكادان أن تكونا ترجمة لمعنى الآية الشريفة .

وقال جل شأنه : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم » .

وروى ابن ماجه والترمذى أن رسول الله ﷺ قال : « أيتها امرأة ماتت وزوجها عليها راض ، دخلت الجنة » (١) .

(١) الترغيب والترهيب - للحافظ المنذرى - جزء ٣ - ص ٥١ .

ويعتبر الطاعة من حقوق الزوج على زوجته ، فمتى أوفاهما عاجل صداقها وكان أميناً عليها ، وأعد لها المسكن الشرعى ، وجب على الزوجة أن تقيم فيه ، بحيث إذا خرجت منه كانت ناشزاً ، ولا حق لها فى النفقة لإخلالها بحق الزوج عليها بما يتنافى مع الإحتباس (١) .

والطاعة بالمعنى المعروف بمحاكم الأحوال الشخصية - ومن قبلها المحاكم الشرعية - من حيث الإجراءات والتنفيذ الجبرى بواسطة رجال الشرطة - ليس لها أصل شرعى - وإنما دخلت قضاء الأحوال الشخصية من أيام حكم الماليك ، ولم يكن القصد من إتباع هذا النظام إلا إذلال المرأة .

وكان تنفيذ حكم الطاعة بواسطة رجال الشرطة يستند إلى نص المادتين ٣٤٥ ، ٣٤٦ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة الإجراءات الشرعية ، وللتين لم يتناولهما الإلغاء المقرر بقانون توحيد القضاء رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ .

فتمتنص المادة ٣٤٥ من اللائحة الشرعية على أن « تنفيذ الحكم بالطاعة.. يكون قهراً ولو أدى إلى إستعمال القوة ودخول المنازل . ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ » .

وتنص المادة ٣٤٦ من اللائحة الشرعية على أن :

« يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دامت زوجة ... » .

طلب إلغاء تنفيذ الطاعة جبراً :

١٩٣- وقد كثرت النداءات طالبة إلغاء هذا النظام فى تنفيذ الطاعة

(١) المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية - للقاضى أنور العمروسى - طبعة ١٩٦٣ - ص ٩٤ وما بعدها ، وأصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية - للقاضى أنور العمروسى - ص ٣١٦ ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - للمستشار محمد النجوى - ص ١٢٨ وما بعدها ، ومصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ٣٠/١٠/١٩٤١ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - العدد ١ و٢ - ص ٥٥ .

لخلافاته للقواعد الإنسانية ، ولعدم إتفاقه مع ما أحرزه المجتمع من تقدم ورفق .

وإستجاب مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد لهذه النداءات فنص على إلغاء تنفيذ حكم الطاعة بطريق الإكراه البدني ، استناداً إلى أن تنفيذ الطاعة بهذا الطريق يتنافى مع ما بنى عليه الزواج من الوثام والتعاطف ، وما نلت عليه التجارب من أن الطاعة كثيراً ما تؤدي إلى عدم إستقامة الحياة الزوجية ، كما أن الهدف من وراثتها - غالباً - الإنتقام من الزوجة ، وإكتفى المشروع الموحد بالنص على سقوط نفقة الزوجة الناشز والخارجة عن طاعة زوجها ، كما أباح المشروع للقاضي سلطة إسقاط حق المتابعة (الطاعة) مدة ستة شهور أملاً في رجوع المياه بين الزوجين إلى مجاريها .

كما أن مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي أمد عام ١٩٦٢ ، وكذا مشروع عام ١٩٦٥ ، قد ساير المشروع الموحد في الحكم إذ نص كل منهما على أنه :

« يترتب على إمتناع الزوجة عن متابعة (طاعة) زوجها إلى السكن الشرعي بدون مسوغ ، سقوط حقها في نفقتها سواء أكان محكوم عليها بالمتابعة (الطاعة) أم لا ، ولا يجوز للزوج متابعة زوجته أكثر من ستة شهور يلزم الزوج خلالها بالنفقة أملاً في إستقامة الزوجة ثم تسقط نفقتها بعد إنتهاء هذه المدة (١) .

كما إستجاب وزير العدل لهذه النداءات الإنسانية ، فأصدر في سنة ١٩٦٧ قراراً بإلغاء تنفيذ حكم الطاعة عن طريق الشرطة ، والإكتفاء بأن يؤثر القاضي أو رئيس المحكمة - الكائن بدائرتها محل التنفيذ - على الصورة التنفيذية للحكم الصادر بالطاعة على حث الزوجة على الإمتثال لطاعة زوجها حتى لا تعد ناشزاً وتسقط نفقتها وقد أخطرت وزارة الداخلية بعدم قبول أحكام الطاعة لتنفيذها بواسطة رجال الشرطة .

(١) المرجع السابق في قضاء الأحوال الشخصية - للقاضي أنور العمروسي - المرجع السابق - ص ٢٩٥ ، وأصول المرافعات الشرعية - الطبعة ٢ - ص ٣٠٧ .

وقد بحث وكيل وزارة العدل كتاباً مؤرخاً ١٢ فبراير سنة ١٩٦٧
تضمن أحكام القرار الوزاري (١) .

شروط الطاعة (المطاعة) :

١٩٤- وقد وضعت المبادئ القضائية الشرعية لقبول دعوى الطاعة
الشروط التالية :

- ١- أن تكون الزوجة قد إستوفت عاجل صداقها .
- ٢- أن يكون الزوج أميناً على زوجته ومالها ، إن كان لها مال .
- ٣- أن يكون قد أعد لها مسكناً شرعياً .
- ٤- أن تكون الزوجة ممتنعة بلا مسوغ شرعى عن القرار فى المسكن
الذى أعده الزوج لها .

الأصول الشرعية فى الطاعة (المطاعة) :

١٩٥- نتناول فيما يلى الأصول الشرعية فى الطاعة من خلال
مبادئ القضاء الشرعى :

يصح أن يكون حكم الطاعة مشمولاً بالنفاذ المؤقت فى الأحوال
المستوجبة للإستعجال ، كما إذا أصرت الزوجة على معاشرة رجل حكم
قضائياً ببطلاق زواجها منه ، فإن هذا منكر تجب إزالته فوراً بديانة وقضاء .

(١) فقد جاء به أن الشكوى قد عمت مما جرى عليه العمل من تنفيذ الأحكام الصادرة
بطاعة الزوجة بحملها إلى منزل الزوجية قهرً عنها وبدون أن يراعى فى كيفية
إجراء هذا التنفيذ صدور تعليمات بشأنه من رئيس المحكمة أو القاضى المختص
على ما تنبئ به المادة ٣٤٥ من لائحة المحاكم الشرعية للعمول بها بمقتضى القانون
رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ - ولما كان تنفيذ أحكام الطاعة على الوجه المتقدم لا يقوم
على سند من الشريعة الفراء ، كما لا تقره الشرائع السماوية الأخرى بالإضافة
إلى ما ينطوى عليه من إمتهان لكرامة المرأة وقيام الأسرة على أساس من التصدع
والكراهية ينمكس أثره ولا شك على الأولاد - جيل المستقبل - فضلاً عما دلت
عليه التجربة من عدم جدوى التنفيذ بذلك الطريق فى رد الزوجة عن نشوزها ،
ويغنى عن إتباع هذا الطريق إعلان الزوجة بما يترتب على عدم تنفيذها حكم
الطاعة من آثار شرعية .

إن ماء الزنا لا حرمة له ، فإدعاء الزوجة الحمل منه لا يحول دون الحكم عليها بالطاعة (١) .

حكم الطاعة ليس من الأمور المستعجلة أو التي يخشى من تأخيرها الضرر ولا ينطبق على المادة ٢١ من اللائحة ، فلا يصح شموله بالنفاذ المعجل (٢) .

ليس للزوج أن يضرب زوجته في التأديب ضرباً فاحشاً ، فإذا فعل ذلك عذر (٣) .

متى دل محضر الحجز على خلو المسكن للحكوم بالطاعة فيه من الأدوات الكافية لتحقيق شرعيته تعين وقف تنفيذ حكم الطاعة ، ومحضر الحجز حجة في ذلك ما لم يطعن عليه بالتزوير (٤) .

رفع دعوى الطاعة بعد إعلان الزوج بدعوى النفقة دليل على كيدية طلب الحكم بالطاعة في بلد آخر للزوج غير الذي يقيم فيه وعلى قصده مضارة الزوجة (٥) .

حق الزوج على زوجته مقدم على اشتغالها بفرض الكفاية إذا تمسك به ولم يتنازل عنه . فالإشتغال بالتعليم فرض كفاية ينقلب أداة حرمان من حق الزوجة في النفقة ، وإذا أذن الزوج لزوجته بالإستمرار في التدريس كان ذلك دليلاً على أنه لا يتضرر من ذلك ، وطلبه إياها الدخول في طاعته بعد مطالبتها له بالنفقة وتخلفه عن جلسة الطاعة دليل على أنه غير جاد في

(١) نضع حمادى الشرعية - جلسة ١٩٤٥/٤/٩ - للحاماة الشرعية السنة ١٧ - العدد ١ و٢ - ص ٥١ .

(٢) مصر للكلية الشرعية - جلسة ١٩٤٧/١٢/٢٥ للرجع السابق - السنة ٧ - العدد ٨ و٧ - ص ٣١٨ .

(٣) متوفى للشرعية - جلسة ١٩٤٤/٣/٢٨ - للرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٨ و٧ - ص ٣٧٧ .

(٤) أسيرط للشرعية - جلسة ١٩٤٨/١١/٢٤ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٦ و٥ - ص ٣٦٩ .

(٥) الجيزة للشرعية - جلسة ١٩٥١/٥/٥ - للحاماة للشرعية - السنة ٢٢ - العدد ١٠ و٩ - ص ٦٦٧ .

فى دعوى الطاعة فلا يقبل منه الدفع بالنشوز كذلك وتستحق النفقة عليه شرعاً (١) .

إن شبوب نار الخصومة وإحتدامها بين المتداعيين وبقاها مشتعلة إلى الآن دون أن تهدأ حدثها أو يخف ضرارها مما يجعل المحكمة ترتاب فى موقف الزوج وترى لذلك أنه غير أمين على زوجته المدعية ، وهو موقف يدعو المحكمة إلى أن تقف حائلاً سنيماً بينه وبينها فلا تلزمها بدخولها فى طاعته ، وإلا كانت ملقية بهذه الزوجة المسكينة فى أتون من النار المتأججة ، وكانت بذلك مستجيبة لما يريد للزوج تحقيقه من إلحاق الأذى بها ، والإنتقام منها (٢) .

فلا تجبر الزوجة على طاعة زوجها قبل أن تستوفى عاجل صداقتها ، ولو دخل بها زوجها برضاها (٣) .

إن إقرار وكيل الزوجة فى وثيقة الزوجية بقبضه عاجل صداقتها يعتبر إقراراً صورياً إذا قارنه من الزوج ببقائه فى ذمته (٤) .

وإذا اعترف الزوج بإعتدائه على زوجته بالضرب وتغريمه من محكمة الجنح لهذا السبب ، وتبين أن الإعتداءات متوالية بين الزوجين وكل منهما يتهم الآخر بالسرقة ، فإن الزوج لا يؤمن على زوجته ، ويكون طلب إياها الدخول فى طاعته ليس بفرض إقامة حياة زوجية هادئة ، بل بغية الإنتقام والإستمرار فى الإعتداء . ولم يخلق القضاء لتمكين الناس من الإعتداء بعضهم على بعض بحجة الطاعة الواجبة للزوج على زوجته (٥) .

(١) مغاغة الشرعية - جلسة ١٩٥١/١/٢١ - للرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٨٧ - ص ٤٢٩ .

(٢) أسسوط الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٤/٢٠ - للرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ٧٨٢ - ص ٧٨٢ .

(٣) قارن المائتين ٢١٢ و ٢١٣ من كتاب الأحكام لمحمد قدرى (بلش) .

(٤) الزقاقير الجزئية الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/٢٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - ص ٨٥ .

(٥) الأسكندرية الابتدائية - جلسة ١٩٥٧/١١/٢٦ - القضية رقم ٥٦٢ - سنة ١٩٥٧ س أحوال - للرجع - للأستاذ صالح حنفى - ص ١٩٧ .

وأنه إذا سمعت العشرة بين الزوجين بدرجة كبيرة وقد تؤدي إلى التفريق بينهم طبقاً للقانون فلا يجب الزوج إلى طلبه الحكم على زوجته بالطاعة في هذه الحالة ، لأن ما ينقض التفريق يقتضي ما هو أقل منه بداهة ، وهو رفض الطاعة (١) .

وإن الطاعة واجبة على الزوجة لزوجها متى توافرت شروطها وثبت أمانته عليها وعدم قصده المضارة ، فلا يمنع من ذلك النص في وثيقة الزواج على أنه قبل زواجها بشرط الإقامة في منزل معين ، وأنه ليس له نقلها لأي جهة إلا برضاها ، لأن هذا على فرض حصوله من الزوج من قبيل الإلتزام بما لا يلزم (٢) .

وإذا كان الزوج متأخراً في دفع نفقة زوجته فإن ذلك لا يمنع من دخولها في طاعته شرعاً (٣) لأن لها أن تأخذ منه متجمد نفقتها بالطريق التي رسمها القانون وليس منها الإمتناع عن الدخول في الطاعة ، بل إن استحقاقها للنفقة شرط دخولها في الطاعة والنشوز مسقط لها (٤) .

ويثبت الطرفان شروط الطاعة ونفيها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة (٥) .

(١) عابدين الشرعية - جلسة ١٩٣٦/٥/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٧ - ص ٨٧٠ .
(٢) إمبابة الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٢/٦ - المحاماة الشرعية - السنة ١٦ - ص ٥٢ .
(٣) الرمل الجزئية - جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٨ - القضية ٢٣٠ سنة ١٩٥٧ أحوال - المرجع - للأستاذ صالح حنفي - ص ٢٠ .

(٤) وقضى بأن إساءة الزوجة لزوجها يضارها بالإختلاط الشاذ في غير موضع المهر كرهاً عنها ، هذا الإدعاء يكذبها فيه عودتها إليه بعد سابق طلاقها منه مع علمها بحاله ، على أن الإكراه لا يتصور فيما تنسب إليه المدعى عليها ، فضلاً عن أن هذا لا يخل بشرط الأمانة ولا يسقط حقه في الطاعة ، فلم يقل أحد بأن جزاء إختلاط الزوج بزوجته إختلاطاً شاذاً حرمانه من حق الطاعة عليها ، بل مثله يعزره القاضي بما يراه زاجراً له إن ثبت ذلك (الزقاقين الشرعية - جلسة ١٩٤٨/١١/٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٢١ - ص ٨٩) .

(٥) عابدين الشرعية - جلسة ١٩٣٦/٥/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٧٨٩ .

إن المسكن الذى لا جيران له مسكن غير شرعى ، ولا تجبر الزوجة على طاعة زوجها فيه (١) .

إن إختيار الزوج الطاعة مسكناً غير الذى كانت تعاشره فيه الزوجة غير لائق بحالها دليل على قصد المضارة بالزوجة يتعين معه رفض دعوى الطاعة (٢) .

إن للمسكن الذى لا جيران له مسكناً غير شرعياً ، وعلق على حدة ، فلايد له من البيت خلاء ، ودورة مياه ، ومطبخ ، ويشترط أن لا يكون فى الدار أحد من أحمائها يؤنئها ، وأن يكون بين جيران صالحين ومأمون عليها فيه وأن يكون بقدر حالها (٣) .

إن محضر الحجز لا يكون حجة إلا فيما دون به بوصفه العنوائى فقط ، فلا يصلح حجة فى الإستدلال على شغل مسكن الطاعة بمسكنى الغير (٤) فإنذا دل على تجرد مسكن الطاعة من الأدوات ، كان ذلك مانعها من الحكم بالطاعة فيه (٥) .

يشترط فى مسكن الطاعة أن يكون مستقلاً ومناسباً لحال الزوج المالية وأن يكون لائقاً بحالها ويغلق عليها ليصون نفسها ومالها ومتاعها وأن يكون مشتملاً على كل ما يلزم للمسكن من فراش واثاث وأن يكون كامل

(١) الأتصر الشرعية - جلسة ١٢/١٢/١٩٣٤ - للحاماة الشرعية - السنة ٦-ص٨٥٧.

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٤/٧/١٩٣٤ - للحاماة الشرعية - السنة ٢-ص١٨٤.

(٣) شبراخيت الشرعية - جلسة ٣١/٥/١٩٣٢ - للحاماة الشرعية - السنة ٤-ص٤٥١.

(٤) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٤/٤/١٩٤٨ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٠-ص٣٢١ ، ولا يصح الحكم بالطاعة فى مسكن ثبت بمحضر الحجز عدم وجود مسكن للزوج به (مصر الشرعية - جلسة ٦/٢/١٩٣٥ - المرجع السابق - ٢٥٨-ص٨٤٥) .

(٥) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٦/٦/١٩٣٢ - المرجع السابق - السنة ٥ - العدد ١٧١ - ص١٣٤ ، ويلجئ الشرعية - جلسة ١٥/٥/١٩٣٣ - للرجع السابق-ص١٦٧ .

للمرفقات والأدوات اللازمة للشئون المنزلية وبذرة مياه ومطبخ بحيث لا تحتاج لأحد وأن يكون خالياً من سكنى من تتضرر الزوجة من وجودهم فيه سواء من أهل أو من الغير وأن يكون للمسكن جيران صالحين (١) .

إن مما يخل بشرط إمانه الزوج ويشرعية مسكن الطاعة أن يمارس الزوج أعمال السحر والشعوذة والإدعاء بقراءة الكف وأعمال التنجيم وكتابة الأحجية ، ويستقبل فيه رواده ويرغم زوجته على لقائهم (٢) .

إن تعهد الزوج بأن يسكن زوجته بالبناور من قبيل الوعد الذي لا يلزمه الوفاء به ، وله نقلها مع هذا ولو من المدينة إلى القرية (٣) .

من حق الزوج أن يمنع زوجته من العمل إذا كان حين تزوجها لم تكن تعمل ، فإن عملت دون إذن منه ، سقط حقها في النفقة وهو ما يعبر عنه بالنشوز .

فإذا كانت الزوجة منقطعة الأهل والمورد ، ومن ثم لم يكن أمامها وسيلة لمواجهة متطلبات ونفقات إينتها إلا العمل لتعيش هي وإينتها من مقابلة .

لا يؤثر على حق الزوجة في الاعتراض على الإنذار مضي الثلاثين يوماً المقررة قانوناً للإعتراض عليه ، ولكن يتعين على الزوجة إثبات غيبتها عن محل إقامتها وقت إعلانها به . غير أن هذا الإجراء قد يطول بعض الوقت ، وربما كان أيسر الطلاق لإبطال أثر الإنذار أن ترسل الزوجة إلى الزوج إنذاراً تبدي فيه إستعدادها لمساكنته في المسكن الذي بينه في إنذاره ، تحدد له فيه موعداً في قسم الشرطة لمصاحبته إلى مسكن الطاعة ، فإن لم

(١) مرسى مطروح الجزئية ، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٢ ، القضية ١٤ - سنة ١٩٦٦ أحوال نفس - وجلسة ١٩٦٨/١٠/٢٤ - القضية ١٨ - سنة ١٩٦٨ أحوال نفس - وجلسة ١٩٦٩/١١/١٩ ، قضية ٢٢١ - سنة ١٩٦٨ أحوال نفس ، لم تنشر .

(٢) بلقاس الجزئية - جلسة ١٩٧٠/١/١٢ ، القضية ١٩١ سنة ١٩٧٠ أحوال نفس ، لم ينشر ، ومصر الشرعية - جلسة ١٩٤١/١١/٩ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - العدد ٥٨٤ و٥٦ - ص ٥٨٥ .

(٣) أبنوب الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٣/٩ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - العدد ١٠٩ و١٠٧ - ص ٥٨٦ .

يحضر فى اللوعد المحدد ، نهض حق الزوجة فى المطالبة بالنفقة . أما إذا إستجاب ومثل يقسم الشرطة ليصحبها إلى مسكن الطاعة ، ثم غادرت بعد ذلك بفترة معقولة كان لهذا الحق فى طلب النفقة لأنها إستأنفت الحياة معه بعد إنقطاعها . وتسرى النفقة إعتباراً من إثبات عدم حضوره لمصاحبته إلى بيت الزوجية فى الحالة الأولى ، ومن تاريخ مغادرتها بيت الزوجية فى الحالة الثانية .

شروط مسكن الطاعة :

٤- كما وضعت المبادئ القضائية والفقهية الشرعية لمسكن الطاعة شروطاً تجعل فيما يلى :

- ١- أن يكون المسكن مستقلاً ، ومناسباً لحال الزوج المالية .
 - ٢- أن يكون لائقاً بحال الزوجين ، ويفلق على الزوجة ليصون نفسها ومتاعها .
 - ٣- أن يكون مشتملاً على كل ما يلزم للمسكن من فراش وأثاث .
 - ٤- أن يكون كامل المرفقات والأنوات اللازمة للشؤون المنزلية من أتية الطبخ ونورة المياه ، بحيث لا تحتاج لأحد .
 - ٥- أن يكون خالياً من سكنى من تتضرر الزوجة من وجوبهم فيه سواء من أهله أو من الغير .
 - ٦- أن يكون له جيران صالحين مسلمين .
- ولقد ذهب البعض^(١) إلى أن للزوج أن يسكن ولده الصغير غير المميز مع زوجته ولو كان من غيرها ، لأن المعاشرة لا تتعطل بوجوده .
- وإذا إرتضت الزوجة إقامة أحد من أهل زوجها معها فى مسكن الزوجية كان ذلك الرضا مسقطاً لحقها فى الإدعاء بإنتفاء شرعية المسكن لإنتفاص إستمتاعها بالمعاشرة الزوجية .
- ومن المقرر شرعاً أن أركان الطاعة التى لا تقوم بدونها هى :

(١) شرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبيانى ، ص ٢٥٧ وما بعدها .

أولاً - المسكن الشرعى المستكمل لحاجات معيشة الزوجة والخالى من سكنى الغير والذي تأمن فيه على نفسها ومالها والذي يكون بين جيران مسلمين .

انه وإن كان للزوج على زوجته حق الطاعة إلا أنه يجب عليه أن يهيء لها مسكناً لائقاً بحاله لقوله تعالى : « إسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » ، وإذا كان هذا النص القرآنى قد ورد فى صدد المطلقات فهو فى شأن الزوجات واجب ، ولقوله تعالى : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » بحيث تعتبر الزوجة ناشئاً بإمتناعها عن طاعة زوجها فى المسكن الذى أعده لها إذا كان هذا المسكن مناسباً لحال الزوج المالية والاجتماعية ، وبين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها وخالياً من سكنى الغير وأن يشتمل على جميع الرفاق المنزلية والأثاث الشرعية وفقاً لحال أمثال الزوج حسبما يجبرى به العرف (١) .

ثانياً - إمانة الزوج على النفس والمال .

ثالثاً - إيفاء مقدم الصداق ، فإذا إنتفى ركن من هذه الأركان سقط عن الزوجة واجب الطاعة ، وبالتالي إمتنع الحكم عليها بدخولها فى طاعة زوجها أما إذا توافرت هذه الأركان فإنه يتعين على الزوجة أن تطيع زوجها فى ذلك المسكن وأن تقر فيه ، وهذا هو الأصل الذى تفرع عنه وجوب إنتقال الزوجة مع زوجها إلى المكان الذى يحل فيه طالما كان مستوفياً للشرائط الشرعية السالف بيانها وإقتضى هذا النقل ضرورة شرعية ، ومن ثم إذا نقل الزوج إقامته إلى مسكن آخر فى ذات البلد أو فى بلد آخر سقط عن الزوجة واجب الطاعة فى ذلك المسكن الأول (٢) .

وإذا أقر الزوج بأن لا حق فى نقل زوجته من جهة معينة إلى جهة معينة أخرى صح هذا الإقرار ويؤخذ به شرعاً ، فلا تسمع منه دعوى

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/٤/٧ - الطعن ٢٢ لسنة ٦٣ ق .

(٢) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٧/٤/٢٣ - القضية ٢٧٣٥ سنة ١٩٥٧ احوال شخصية - المرجع ، لصالح حنفى ، ص ١٩٩ .

الطاعة فى الجهة الأخرى (١) .

ولم يشترط الفقهاء أمانة الزوج على زوجته إلا فى السفر ، لأن فى حالة السفر لا يتسنى معها إثبات وجودها بين قوم صالحين ، فهناك فرق بين اشتراط الأمانة فى السفر وعدم اشتراطها فى غيره إذا كان المسكن مستوفياً للشرائط الشرعية وكان بين جيران صالحين .

ولم يترك المشرع أمر الزوجة لزوجها وهو الذى بيده عقد النكاح ، بل وقف إلى جانبها حيث نص فى المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن من حق الزوجة إذا رأت من زوجها ما لا يستطيع معه نواى العشرة بين أمثالها أن تلجأ إلى القاضى طالبة التفريق للضرر ، إذ ليس من حقها أن تطلب حرمان الزوج من أهم حقوق الزوج عليها وهو حق الطاعة (٢) .

قد يبيح الشرع الحنيف للمرأة أن تعمل فى حدود آداب الدين وتعاليمه، ولكن هذا الحق يرد عليه قيد هو أنه إذا تزوجت المرأة كان من حق الزوج إمساك زوجته . فإذا رخص الزوج لزوجته فى العمل خارج المنزل وإستمر راضياً عن هذه الرخصة كان بها ، كما أن له حين يستمسك بحقه فى قرار زوجته فى بيته أن يجبرها على ذلك وليس للزوجة أن تعصيه وإلا كانت ناشزاً ولا يحق للمرأة أن تحتج عليه بأنه سبق أن رضى بأن تعمل ، فحقه هذا فرع من حقه فى أن تطيعه وحقه فى الطاعة لا يقبل إسقاطها (٣) .

وإذا أهد الزوج لزوجته المسكن الشرعى المستكمل لحاجات معيشتها الخالى من أهله - إلا الصغير غير المعيز - الذى تأمن فيه على نفسها ومالها وكان هو أميناً عليها ، ولذاها معجل صداقتها وجب عليها أن تقيم معه

(١) الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٤/١٢ الحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٢١ و٢٤ .

(٢) الجمرک الجزئية - جلسة ١٩٥٨/٦/٢ - القضية ١٠٨ - سنة ١٩٥٧ أحوال شخصية ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ .

(٣) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٦/٤/١٦ - القضية ٧٥١ - سنة ١٩٥٦ ، قضاء الأحوال الشخصية - نفساً ومالاً - للمستشار صالح حنفى - طبعة ١٩٦٨ - ص ١٧١ و١٧٢ .

فى هذا المسكن ، وإذا خرجت عدت ناشراً .

كما يجب عليها أن تمتثل لأمره إلا فيما نهى الله وإن تفر فى المسكن الذى أمده لها ولا تخرج منه بغير إذنه إلا لضرورة لزيارة أبويها فى كل أسبوع مرة ومحارمها فى كل ستة مرة ، ولا تبث عند أحد منهم إلا بإذن من زوجها ، كما لا تزور أى أحد آخر إلا بإذنه ولا تسمح بدخول أحد بيته إلا بإذنه .

وإذا خالفت الزوجة زوجها فيما تجب عليه الطاعة فيه فلزوجها أن يؤدبها بادل بالموعظة الحسنة ثم الهجر فى المضجع أى لا يبيت معها فى فراش واحد ثم الضرب غير المبرح ، وليس له أن يضربها ضرباً يمس مبرحاً لأى سبب فإن فعل فهو إضرار بها وولاية التأييد أصلها قوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن فى المضجع وأضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً » (١) .

يراعى فى شرعية مسكن الطاعة واستيفائه للأدوات المناسبة لحالهما ، وتعتبر النفقة المفروضة قرينة فى تقدير هذه الأدوات . فمتى ثبت زوال شرعية المسكن فلا تلزم الزوجة بالطاعة فيه ، وليس للزوج حق التعرض لها بحكم الطاعة ، محض الحجز كاف فى إثبات زوال الشرعية متى بين المحضر الأدوات على سبيل الحصر ، ولا يطعن عليه إلا بالتزوير (٢) .

مسكن الطاعة من نفقة الزوجة على زوجها ، فينبغ حاله يساراً وإعساراً طبقاً للمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . فمتى كان الزوج من طبقة الفقراء وأعد لزوجته مسكناً مناسباً لحاله وجب عليها طاعته فيه ولا تمكن من طلب غيره ما دام حائزاً لشروطه الشرعية ، ولا يطعن فى شرعية المسكن سكنى أحماء الزوجة بجواره ما داموا لا يسكنون معها فى

(١) الإسكندرية الابتدائية ، جلسة ١١/٣/١٩٦٤ ، القضية ٧٠٢ - سنة ١٩٦٤ س
أحوال ، قضاء الأحوال الشخصية ، للمستشار صالح حنفى ص ١٧٢ .
(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٤/١/٢٦ - للحامدة الشرعية - السنة ٢٤ -
العدد ٥ - ص ٢٥٠ .

في ذات المسكن تحكيماً لعادة الفقراء وعرفهم (١) .

إعتراف المستأنف عليه بنقل أثوات المنزل خوفاً عليها من الضياع من شأنه ألا تلتزم المستأنفة معه بالطاعة فيه لعدم إستيفاء المسكن لأدواته الشرعية (٢) .

إثبات شرعية المسكن ، ونفيها :

٥- تنفي شرعية المسكن إذا كان جيرانه غير صالحين أو كانوا غير مسلمين .

وكذلك تنفي شرعيته إذا إستحقت مفردات المسكن أو منقولاته أو مفروشات للغير .

وتثبت شرعية المسكن وتنفي إما بشهادة الشهود ، وإما بمحضر رسمي ، وإما بالتحري عن طريق الإدارة ، وإما باليمين الحاسمة .

وتقدر أثوات مسكن الطاعة بحسب حال الزوج يساراً أو إعساراً ، كالطعام والكسوة ، لأن المسكن من النفقة ، ومسكن الغنى ليس كمسكن الفقير أو متوسط الحال .

ولا يكون محضر الحجز في خلو المسكن من الأثوات إذا لم ينص فيه أن المحجز عليه من أثوات هو كل أثوات المسكن لجواز أن تكون بالمسكن أثوات مناسبة لم يشغلها الحجز ويكون بها المسكن شرعياً (٣) .

وخلو المسكن بتقرير المحضر الذي قام للحجز عليها وإعتراف الزوج بأنه هربها منه خشية الحجز عليها يقتضى وقف تنفيذ حكم الطاعة حتى تعود للمسكن شرعيته (٤) .

(١) سوهاج الشرعية - جلسة ١٩٥٤/١١/٧ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ٤ ، ص ٢٠٨ .

(٢) الزقاريق الشرعية - جلسة ١٩٣٤/٥/٢ - المرجع السابق - السنة ٦ - العدد ١٢٦-٢٠١ .

(٣) شبراخيت الشرعية - جلسة ١٩٣٢/١/٣٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٦ - ص ١٥٤ .

(٤) كوم حمادة الشرعية - جلسة ١٩٣٤/٦/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٦ - ص ٧٤٨ .

مناط قبض عاجل الصداق كشرط لقبول دعوى الطاعة :

١٩٥ مكرر - دعوى طاعة ...

طلب المدعى الحكم على المدعى عليها بالدخول في طاعته في المسكن المبين بصحيفة الدعوى وإلزامها بالمصاريف وأتعاب المحاماة ... وقدم في غيبتها وثيقة زواجهما وفيها أن معجل الصداق ٤٠ جنيهاً باق بئمة الزوج تحت طلبها ولن يدخل بها إلا بعد قبضها مقدم صداقها .. وطلب المدعى إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات إستيفاء المدعية عاجل الصداق وباقى عناصر الدعوى .

وبجلسة ١٩٧٤/١٢/٢١ حكمت المحكمة غيابياً برفض الدعوى وألزمت المدعى بمصاريفها (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان العرف المطرد إلا تزف الزوجة لزوجها إلا بعد قبض معجل صداقها وأنه بعد تسليم المرأة نفسها لزوجها لا يقبل منها الإدعاء بعدم قبض حال الصداق إلا إذا كان تعجيل الصداق أو بعضه غير متعارف عند أهل البلد - لما كان ذلك ، وكان الزوج المدعى قد ذهب في دعواه وفي المرافعة إلى أنه دخل بزوجه المدعى عليها بعد سداد معجل الصداق ، وكان الثابت بوثيقة زواجهما أن الدخول بالزوجة مشروط بقبضها ذلك المعجل المحدد ، فإن الحكم إذا أطرح دفاعه يكون قد شاب قصور مطلق .

دعوى طاعة ...

وبالجلسة قدمت المدعى عليها محضراً يفيد توقيعها حجزاً على مسكن الطاعة وواف لمتجمد النفقة المستحق لها .

وبجلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ حكمت المحكمة حضورياً برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصروفات .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه إذا رتب على توقيع الحجز في مسكن

(١) البتجات- جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ - القضية ٤٩ سنة ١٩٤٧ أحوال نفس .

الطاعة إنتفاء وجود هذا المسكن والحال أن توقيع الحجز فيه لا يترتب عليه
حتمًا وبطريق اللزوم العقلي إنتفاء وجوده وإستيفائه للشروط الشرعية ،
فإنه يكون قاصر البيان .

دعوى طاعة ...

حكمت المحكمة غيابياً بإحالتها إلى التحقيق ... ويعد أن سمعت شهود
المدعى ، قررت حجزها للحكم ..

وبجلسة ١٩٧٥/١١/٢٣ حكمت المحكمة غيابياً بدخول المدعى عليها
فى طاعة المدعى ... (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المادة ٩٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة
١٩٦٨ تنص على أنه بمجرد إنتهاء التحقيق يعين القاضى المنتدب للتحقيق
جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب - ولما كان
قضاء المحكمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق قد نفذ بسماع شاهدى المدعى
فى غيبة المدعى عليها وقررت للمحكمة حجز القضية للحكم بون تحديد
جلسة لنظر الدعوى وبون إخبارها بإحالة الدعوى إلى المرافعة ، فإن قضاء
المحكمة فى الدعوى يكون مشويًا بمخالفة القانون مما يعرضه البطلان .

دعوى طاعة ...

أحيلت على التحقيق ... فاستمعت المحكمة إلى شهود الطرفين إثباتاً
ونفيًا .

وبجلسة ١٩٧٣/١/٢ حكمت المحكمة حضورياً بالرفض وإكتفت -
فى إستعراضها لشهادة الشاهد الثانى من شهود الإثبات والنفى بالقول بأنه
شهد بمضمون ما شهد به الشاهد الأول (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم قصور أسبابه عن بيان مؤدى شهادة الشاهد

(١) فارسكور - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٣ - القضية ١٢٩ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس .
(٢) الواسطى - جلسة ١٩٧٣/٤/٢ - القضية ٢٨٢ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئى ،
والقضية ٣٥٠٢ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس جزئى الواسطى ، وموت غمر - جلسة
١٩٧٠/٢/٢٢ - القضية ٨٢٣ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

الثانى شهد بمضمون شهادة الشاهد السابق دون أن يوضح فى مدوناته أقوال هذا الشاهد ، فإن الحكم إذا قضى فى الدعوى على هذا الأساس يكون قاصر البيان فى هذا الصدد .

نصاب الشهادة فى دعاوى الزوجية ومنها الطاعة :

وفى دعوى الطاعة ...

ويجلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ قضت المحكمة غيابياً بإحالة الدعوى إلى التحقيق ...

أشهد المدعى شاهداً واحداً ... ولم تحضر المدعى عليها ولم تشهد أحداً ...

ويجلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ حكمت المحكمة غيابياً بدخول المدعى عليها فى طاعة زوجها فى المسكن الذى أعده لطاعته فيه ... (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم تضاده فى الدعوى على سند من أقوال رجل واحد هو شاهد المدعى ، حالة أنه لما كانت الدعوى من دعاوى الزوجية التى تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة الساسية من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وكان نصاب الشهادة فى أمور النكاح وفقاً لأرجح الأقوال فى هذا المذهب رجلاً أو رجل وامرأتان ، فإن الحكم إذا خالف هذه القاعدة الشرعية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٢ مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - مدنى وأحوال - العدد ١ - ص ٢٢) .

المحكمة المختصة بنظر دعوى الطاعة بين زوج لىبى (أجنبى) وزوجة مصرية :

١٩٦ - معارضة فى حكم طاعة إستندت فيها المعارضة إلى بطلان الحكم الغيابى المعارض فيه لعدم تدخل النيابة العامة فى الدعوى وقدمت

(١) مرسى مطروح - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ - القضية رقم ١١ سنة ١٩٦٦ أحوال نفس .

النيابة في المعارضة - مذكرة برأيها .

قررت المحكمة أن المادة ٨٧١ من قانون المرافعات أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل في كل قضية متعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب وإلا كان الحكم باطلاً ، وإن كان خلو الحكم من بيان رأى النيابة لا يترتب عليه بطلانه ، ولما كان الحكم المعارض فيه صادراً في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس للمسلمين غير المصريين ، وقضى بدخول المعارضة في طاعة زوجها المعارض ضده ولم تتدخل النيابة العامة في الدعوى ، فإنه يكون باطلاً .

كما قررت بالنسبة لإختصاصها نوعياً بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب فإنه ينحصر في نظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار ونفقة الصغير ونفقة أحد الزوجين على الآخر وأجرة الحضنة والرضاعة عملاً بالمادة ٩١٩ من قانون المرافعات ، وتختص المحكمة الابتدائية بطلب الطاعة عملاً بالمادة ٨٩٥ من قانون المرافعات .

ثم إنتهت المحكمة إلى القضاء بقبول المعارضة شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم القيايى المعارض فيه بعدم إختصاص المحكمة نوعياً بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الابتدائية لنظرها بجلسته حديتها (١) .

أصول شرعية في الطاعة :

١- المقرر شرعاً أن إستيفاء الزوجة لمقدم المهر شرط لا بد من تحققه قبل الحكم عليها في طاعة زوجها ، ولا يعد ما جاء به وثيقة الزواج وفاء بالمهر إذا كان ثابتاً بكمبيالة على الزوج لم يسدد قيمتها لزوجته .

٢- المقرر شرعاً لسماع دعوى الطاعة أن يثبت أن الزوج أمين على زوجته وعلى مالها إن كان لها مال - فإذا كان الزوج قد قام بتبديد مفروشات ومنقولات الزوجة للدعى عليها ، وإعترف في محضر تحقيق جنة التبديد بواقعة بيعه لمنقولات الزوجة ومفروشاتها ، فإن ذلك ينهض دليلاً على عدم أمانته .

(١) اللبان الجزئية بالأسكندرية - القضية رقم ٣٠ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس المسلمين غير المصريين .

٣- من الأصول الشرعية طاعة الزوجة لزوجها بمقتضى عقد الزواج الصحيح متى توافرت شروطها وكان الزوج أميناً على نفسه ومالها ، فإذا تعهد الزوج بإقرار منه أن لا ينقلها خارج (القاهرة) كان ذلك من قبيل الشروط الفاسدة التي لا يحاج بها والتزام بما لا يلزم .

٤- يشترط فى مسكن الطاعة أن يكون مناسباً لحال الزوج المالية، إستناداً إلى أن السكنى نوع من أنواع النفقة الواجبة على الزوج .

فإذا كان الثابت أن مسكن الطاعة لا يتفق ودرجة يسار الزوج ، كانت دعوى الطاعة مستوجبة الرفض لكيديتها ، ولإتخاذها وسيلة لإذلال الزوجة ومضارتها .

٥- لا يخل بشرعية مسكن الطاعة مشاركة صغار الزوج من زوجته المتوفاة لزوجته المدعى عليها فى المسكن .

٦- المسكن المخصص لسكنى الزوج فى الشركة التى يعمل بها والتى تزاول نشاطها فى الصحراء والواقع ضمن مجموعة من مساكن الموظفين المقيمين فيها ، هو مسكن طاعة شرعى تأمن الزوجة على نفسها ومالها فيه .

٧- العوامة تصلح مسكن طاعة شرعى متى كانت مستوفية لمقومات المسكن الشرعى وخالية من سكن الغير ومستوفية للأدوات والمرافق ، ولها جازان على الأقل .

٨- إذا امتثلت الزوجة لتنفيذ حكم الطاعة النهائى ، ثم زالت شرعية المسكن لأى سبب ، أو تخلف عن الزوج شرط الأمانة ، فإنه يحق للزوجة أن تترك مسكن الطاعة ، وأن ترفع دعوى بعدم التعرض لها بحكم الطاعة .

٩- لا يمنع من القضاء بدخول الزوجة فى طاعة زوجها أن يكون الزوج مدين لزوجته بدين نفقة محكوم بها عليه ، إذ لها أن تتبع الطرق القانونية لتنفيذ حكم النفقة ، وليس من بين تلك الطرق الإمتناع عن الدخول فى طاعته .

١٠- إن مما يتمتع معه القضاء بنشوز الزوجة زوال شرعية مسكن الطاعة بسكن الغير له .

أثر نشوز الزوجة

ما هو النشوز ؟

١٩٦ مكر - ٦- النشوز - لغة - هو الإرتفاع ، ويراد به -- مجازاً - الترفع ، أى ترفع الزوجة عن طاعة زوجها . وفى ذلك يقول ابن جرير الطبرى : « نشوزهن يعنى إستعلاءهن على أزواجهن وإرتفاعهن عن نراشهن بالمعصية منهن والخلاف عليهم فيما لزمهن طاعتهن فيه بغضاً منهن وإعراضاً عنهن » (١) . وقد توسع الفقهاء فى منلول النشوز فجعلوه شاملاً كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقرر (٢) . -

فإذا لم تمثل الزوجة لطاعة زوجها ، وخرجت عن القرار فى مسكنه ، أو إمتنعت عن الإنتقال معه إليه على الرغم من توافر شروط الطاعة ، وشروط المسكن الشرعى ، كانت ناشزاً ، ولا تستحق النفقة على زوجها .

والنشوز قضية لا تقر عليها الناشز ، ولا تستحق نفقة ، وتمنع من المقرر لها من اليوم التالى لحكم الطاعة حتى تعود (٣) ، وذلك أن النشوز شرعاً هو خروج الزوجة من منزل زوجها ومنعها نفسها منه (٤) ، وإذا ثبت النشوز على المحكوم عليها بالطاعة تعين الحكم عليها بإسقاط ما فرض لها من نفقة (٥) .

(١) جامع البيان فى تفسير القرآن - لابن جرير الطبرى - جزء ٥ - ص ٢٨ .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - للكسانى - جزء ٢ - ص ٢٤٤ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق - لابن نجيم - جزء ٥ - ص ٥٣ .

(٣) كرموز الشرعية - جلسة ١٩٢٤/٥/١٢ - الحاماة الشرعية - السنة ٧ - ص ٤٨١ ، وقد قضى بأن النشوز شرعاً هو خروج الزوجة من منزل زوجها ومنعها نفسها منه (العياط الشرعية ، جلسة ١٩١٩/١٢/١٦ ، المرجع السابق ، السنة ١ ، ص ٦٢٨ ، وايضاً : متوفى الشرعية - جلسة ١٩٤٤/٣/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٨ - ص ٣٧٧ .

(٤) العياط الشرعية - جلسة ١٩٢٩/١٢/١٦ للحاماة الشرعية - السنة ١ - العدد ١٠٩ - ص ٦٢٨ .

(٥) الفشن الشرعية - جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢ - ص ٧٢ .

غير أن الفقه والقضاء يشترطان - للحكم بإعتبار الزوجة ناشراً ويسقط حقها في النفقة - شروط ثلاثة ، ونضيف لها شرطاً رابعاً :

١- أن يكون بيد الزوج حكم طاعة نهائى .

٢- أن يكون الزوج قد حاول تنفيذ حكم الطاعة - بغير إكراه بدنى -

وأخفق .

٣- أن تكون الزوجة هاربة من الإمتثال لتنفيذ حكم الطاعة بغير مسوغ تعتبر الزوجة ناشراً لمجرد الحكم بالطاعة ، بل لا بد من طلبها إلى المنزل - بعد الحكم - بالطرق الودية ^(١) .

٤- أن يتضمن حكم الطاعة النهائى التأشير - من القاضى أو من رئيس المحكمة المختصة - بحث الزوجة على الإمتثال لطاعة زوجها حتى لا يترتب على إمتناعها سقوط نفقتها كقرار وزير العدل الصادر عام ١٩٦٧ .

وإذا كان المسكن غير مهياً للسكنى لا تعتبر الزوجة ناشراً بالإمتناع عن طاعة زوجها فيه ^(٢) .

ولا تعتبر الزوجة ناشراً ولا تمنع من المطالبة بالمفروض بخروجها من مسكن الطاعة الذى ثبت عدم كفاية أنواته الشرعية بدلالة محضر الحجز الحاصل على ما فى المسكن ^(٣) .

إن ضرب الزوج زوجته ضرباً غير مباح شرعاً يكون به غير أمين عليها فلا تلزمها طاعته ولا تكون ناشراً يمتنع إستحقاقها للنفقة ^(٤) .

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١١/٥/١٩٣٦ - للحاماة الشرعية - السنة ٩ - ص ٣٣٩ .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٤/٦/١٩٣٦ - للحاماة الشرعية - السنة ٩ - ص ٤٣١ .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ٢١/٩/١٩٣١ - للحاماة الشرعية - السنة ٣ - ص ٣٥٠ .

(٤) منيا القمح الشرعية - جلسة ١٤/١/١٩٣٩ للمرجع - للأستاذ صالح حنفى - ص ٧٢ .

وإذا خرجت الزوجة عن طاعة زوجها ولم تنفذ حكم الطاعة ، وبليت التحريات على أنها لا تقيم بمنزل الطاعة إلا بقصد التحايل على التخلص من قضية النشوز المرفوعة من زوجها بمقتضى حكم الطاعة الذى لم تنفذه ، لدخولها بقصد التحايل لا يؤثر فى نشوزها وتعتبر ناشزاً (١) .

دفع الدعوى بالنشوز بعد الإقتصار على دفعها بالإتفاق ستة أشهر إحتدام الخصومة دليل الإحتيال (٢) .

أصحاب الرأى القائلين بأن الإحتراف مانع من وجوب النفقة لم يذكروا الأحتراف على أنه مانع من النفقة لذاته ، بل أوردوه على أنه مظهر من مظاهر النشوز ، فما لم يتشكل الإحتراف بهذا الشكل ، فإنه لا يمنع من وجوب النفقة (٣) .

إذا صدر حكم بمنع الزوجة من نفقتها للنشوز غير مستند إلى تاريخ معين ، وجب أن يسند إلى تاريخ صدوره ، لأنه هو أقرب احتمالاته ولا يشمل النفقة المتجمدة السابقة على تاريخ صدوره ، فلا يقبل إستشكال الزوج به فى تنفيذ حكم نفقتها عن اللدة السابقة على تاريخ حكم المنع والنزاع فى كونه هذا الحكم ينفذ أو لا ينفذ هو نزاع فى الإجراءات لا محالة (٤) .

(١) منيا القمح الشرعية - جلسة ١٤/١/١٩٣٩ المرجع - للأستاذ صالح حنفى - ص ٧٢ .

وقد قضى بأن صدور حكم الطاعة ليس شرطاً لثبوت النشوز فضلاً عن مبرورته نهائياً وتنفيذه ، وليس حكم الطاعة فى دعوى النشوز إلا دليلاً على تحقق عناصر النشوز من وقت النشوز من وقت صدوره فإذا كان الشرع أعطاها حقاً فى أن تطعن على هذا الحكم لإحتمال أن يكون به خطأ فهو إجراء قانونى فقط لا علاقة له بالحكم الشرعى (مصر الكلية للشرعية - جلسة ٣٠/١٠/١٩٤١ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - العدد ١ و ٢ ص ٥٥ .

(٢) أسيوط الشرعية - جلسة ١٨/١/١٩٤٧ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٨ و ٧ ص ٣٩٧ .

(٣) لجا الشرعية - جلسة ٢٤/٥/١٩٣٤ - المرجع السابق - السنة ٢ - العدد ١ و ٢ - ص ٧٨ .

(٤) الرقازيق الشرعية - جلسة ١٥/٥/١٩٤٩ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٤ ، ٥ - ص ٢٦٦ .

الحكم بنشوز الزوجة لا يمتنعها من أن تطلب إلى المحكمة التطبيق
بالمادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فقد يكون النشوز ناشئاً عن
حالة لا تدفعه ولا تستطيع معها دوام المعاشرة (١) .

المنصوص عليه شرعاً أن المرأة تعتبر ناشزاً متى كان المسكن شرعياً
وهي خارجة عنه ، ويجب لإثبات النشوز إثبات شرعية المسكن أولاً ،
وخرجها منه أو إمتناعها عن الدخول فيه ثانياً (٢) .

الناشز لا نفقة لها ما دامت كذلك كما يعلم من النصوص الشرعية
الصريحة في سائر كتب المذهب ، ففي (تنقيح الحامدية - جزء ١ -
ص ٧١) : « سئل في رجل سكن مع زوجته في دار أهلها ثم أوفاهها معجلها
ودعاه لمسكن شرعي له خال من أهله وأهلها فأبى ، فهل تكون ناشزاً لا
نفقة لها ما دامت كذلك ؟ لجاب : نعم ، ولا تكون ناشزة بمنع الزوج من
الوطء ولا تسقط به نفقتها وكسوتها » ، كنا أفتى قارئ (الهدلية) ، ومثله
في (متن التنوير وشرحه) ، و(حاشية ابن عابدين - جزء ٢ -
ص ٦٦٤) (٣) .

١٩٦ مكرر - من المبادئ القضائية الشرعية المتقدمة ، يتضح أن
المحاكم الشرعية - في النشوز - قد اختلفت وجهات نظرها - تبعاً
لإختلاف الفقهاء الشرعيين - إلى الآراء التالية :

رأى - على أنه لا ضرورة للحكم أصلاً على الزوجة بالطاعة ، لأن
النشوز حالة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية ، وأن
الحكم بالطاعة مقرر لهذه الحالة وليس منشئاً لها ، فهو مجرد دليل على
قيام حالة النشوز المسقط لنفقة الزوجة ، وليس شرط لزوم فيها .

(١) جرجا الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٨/٩ - الحامدة الشرعية - السنة ١٢ - العدد
٤٣ - ص ١٣٩ .

(٢) دمياط الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١/٦ - المرجع السابق - السنة ١ - العدد ١٧٠ -
ص ٥٢٦ .

(٣) شبراخيت الشرعية - جلسة ١٩٢٣/١/٣ - للرجع السابق - السنة ٥ - العدد
٢٠١ - ص ٩٨١ .

ورأى - يذهب إلى أنه يكفي أن يصدر حكم ابتدائي من المحكمة الشرعية الجزئية بدخول الزوجة في طاعة زوجها ، ومع ذلك تمتنع عن تنفيذه لغيره مسوغ شرعى .

أما الطعن فى حكم الطاعة بالاستئناف بنية تصحيح خطأ فيه ، فهو مجرد إجراء قانونى لا يغير من ثبوت نشوز الزوجة .

ورأى - يستلزم أن يصدر حكم نهائى بالطاعة ، ولا تمتثل الزوجة لتنفيذه حتى يقضى للزوج رفع الدعوى بنشوزها وإسقاط نفقتها وأمرها بالكف عن التعرض له بذلك النفقة .

والذى نراه أنه يتعين لإعتبار الزوجة ناشراً - بعد إلغاء تنفيذ أحكام الطاعة عن طريق رجال الإدارة (الشرطة) بقرار وزير العدل - سالف الذكر- ضرورة أن يكون حكم الطاعة نهائياً ، سواء بفوات مواعيد الطعن فيه بالاستئناف ، أو بتأييده إستئنافاً ، ذلك أن المقرر شرعاً وقانوناً أن الاستئناف يعيد طرح النزاع من جديد بما أبدى فى الدعوى من دقوع وأوجه دفاع ، وعنها أمانة الزوج على زوجته ومالها ، وإستيفاء مسكن الطاعة لشروعيتها ، من حيث خلوه من سكنى الغير ، وإحتوائه على المتطلبات الشرعية ، وإستمرار هذه الشرعية إلى حين قبول الزوجة لتنفيذ حكم الطاعة والدخول فى مسكن الطاعة المعد لذلك بالفعل ، بحيث إذا لم يتم ترغم إعلانها بالحكم النهائى الواجب التنفيذ طبقاً للأصول الشرعية فى تنفيذ الأحكام الشرعية ويعد التنبيه عليها فى صلب الحكم .

والصورة المعلقة لها بأنها لم تمتثل وتدخل فى طاعة زوجها المحكوم له ، عدت ناشراً وسقطت نفقتها ، ومن تاريخ هذا التنبيه يبدأ ميعاد سقوط النفقة فى هذه الحالة وحدها تعتبر ناشراً (١) هذا ، ويلاحظ أن قرار وزير العدل المشار إليه لم يحدد وقتاً لتنفيذ حكم الطاعة بحيث تعتبر الزوجة ناشراً بفواته ، ولذلك نرى أن يحدد الزوج فى أصل الحكم والصورة المعلقة الموعد الملائم الذى يراعى فيه ميعاد المسافة .

(١) دسباط الابتدائية - الدائرة الأولى للأحوال الشخصية ، جلسة ١٩٧٤/١/٢٦ - القضية رقم ٢٧ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس . مستأنف .

وهناك منازعات متعلقة بالزوجية - فوق ما تقدم - مثل النفقة ،
والعدة ، وقد سبق الكلام عن النفقة ، أما الكلام عن العدة فيحسن أن نذكره
مع الطلاق .

حادى عشر - الطلاق ، والخلع ، والمباراة :

١٩٧- نصت المادة ٨ من قانون التوحيد رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على
إنتزاع دعاوى الطلاق والخلع والمباراة من إختصاص المحكمة الجزئية
وجعلها من إختصاص المحكمة الابتدائية لتحكم فيها إبتدائياً ، لما قدره
المشرع من بعد اثرها فى حياة الأسرة والأولاد ، يتناهى كون معه عقد
إختصاص المحكمة الابتدائية بها وضعاً مناسباً لأهميتها .

وسوف نعود إلى بحث تلك الدعاوى فى مكانها الطبيعى عند تناول
إختصاص المحكمة الابتدائية .

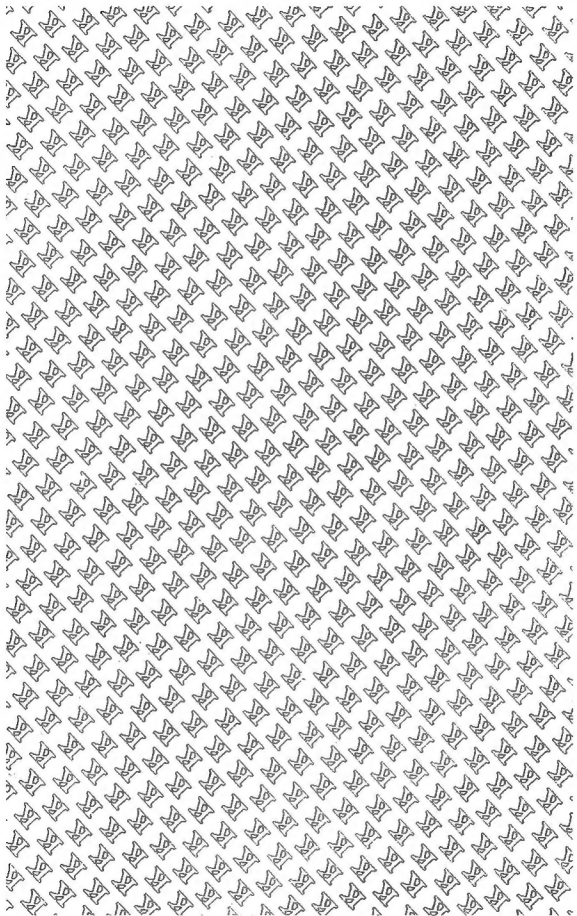
ثانى عشر - الفرقة بين الزوجين :

١٩٨- وعقدت المادة ٨ من قانون التوحيد أيضاً الإختصاص بالمنازعات
المتعلقة بالفرقة بين الزوجين بجميع اسبابها الشرعية .

وسوف نعود إلى بحثها فى مكانها الطبيعى عند تناول إختصاص
المحكمة الابتدائية .

ثالث عشر - التوكيل فيما ذكر حق أحد الخصمين :

١٩٩- ما قلناه فى هذا الشأن فى المطلب السابق فى الإختصاص
النهائى للمحكمة الجزئية الشرعية ، يمكن أن يقال فى هذا المكان أيضاً .





Bibliotheca Alexandrina



0400560